

مختصر في الفقه المالكي

المجلد الأول

تقريرا لأحكام سماحة آية الله العظمى السيد ابن الفارض الموسوي الحنفي

مطبعة العالي

بمسرة

العلامة السنية السيد علي الحسيني الشاهرودي

تأليف

مكتبة الشافعية

دار الكتب الإسلامية



محاضرات فی الفقه الجعفری

المکاسب المحرمه

تقریراً لاجاث سماحه آية الله العظمی السید ابوالقاسم الخوئی

بقلم

المرحوم العلامة السجده السید علی محسنی الشاهرودی

قدس سره

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد وعترته
الطاهرين واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين
وبعد فقد لاحظنا هذه (المحاضرات) التي كتبها العلامة المحجة المحقق الورع التقى السيد
على الشاهرودي تعهد الله برحمته واسكنه فسيح جنته تقريراً لأبحاثنا الفقهية
في الحالات فوجدناها في غاية الجودة والاتقان والضبط والبيان يفرغ من
دقائق البحث ويحافظ على مزاياه ويلئم بمجتهاته في حسن الأداء وجودة التقرير
وقد تطلبت سلاسة بيانه على تعمق البحث ودقته فابرزه إلى الوجود صورة واضحة
جليّة . ولا غرو فقد كان رحمه الله ممن نعتقد عليه الآمال أن يكون أحد المراجع العظام
يزعم بالدراسة العلمية في مستقبل الأيام لكنه يؤسفنا جداً أن عاجله المنون وهو
في بيان شبابه ونضارة أيامه حيث فقدنا به أحد أعمدة أولادنا الذين صرفنا جهودنا
في تثقيفهم وإعدادهم علماء أبراراً يستنبطون أحكام الدين ويسخفون مقام الفياثيين
المسلمين وما اقتص به قدس الله نفسه الزكية شدة موافقته على إجماعنا حتى أننا سمعنا
يشكر الله سبحانه وتعالى على ما منعه إياه من عدم انقطاعه عن إجماعنا الفقهية والأصولية
ولا يروى ما إذا كان هاء عشرين عاماً كان قدوة حسنة لزملائه في النشاط العلمي وأما
القيم وقد سبقهم إلى طبع تقريراتنا في الأصول فخدم الهيئة العلمية وزودهم بكتابه
(الدراسات) الذي لا يستغني عنه طلاب العلم . وإن في آثاره العلمية التي خلفها
من تقريرات دروسنا الكفائية في تحليل ذكره وإشادة بفضلته فوالله ضريحه وخبراه
عن العلم وأهله خير جزاء المحسنين مرتبة بريح الأثر الكرم
ابراهيم البرسي الخوئي



* الكتاب : محاضرات في الفقه الجعفري ج ٢
* المؤلف : السيد علي الحسيني الشاهرودي
* الناشر : دار الكتاب الاسلامي - قم
* العدد : ٢٠٠٠ نسخة
* الطبعة : الاولى
* التاريخ : ١٤٠٩ هـ
* المطبعة : نمونة - قم

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لا علم لنا الا ما علمتنا انك انت العليم الحكيم ☆
ولقد جئناهم بكتاب فصلناه على علم هدى ورحمة ☆ ليشبث الذين
امنوا وهدى وبشرى للمؤمنين ☆ وما يعلم تأويله الا الله والراسخون
في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا ☆ فمن حاجك فيه من بعدما
جاءك من العلم فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم ونساءنا ونساءكم
وانفسنا وانفسكم ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ☆

(القرآن الكريم)

تعريف البيع

قوله (ره) وهو في الاصل - كما في المصباح - مبادلة مال بمال (١)

(١) المراد بالاصل ما سيتضح . والمراد بالمال ما يميل اليه العقلاء ويرغبون فيه ويجلبونه للانتفاع به في رفع حوائجهم ، فان الانسان - على خلاف سائر الحيوانات - مدني الطبع : لا يتمكن من أن يعيش عارياً ، او من غير مسكن يأوي اليه ، او بالتغذي بالمواد الطبيعية من غير علاج واصلاح ، فلا بد له من السعي في تحصيل المال لسد حوائجه .

ثم إن اضافة المال الى الانسان أولية (تارة) وثانوية (اخرى) والأولية قد تكون أصلية وقد تكون تبعية ، والاضافة الأولية الاصلية قد تكون (ذاتية) بمعنى عدم انتزاعها من منشأ ، كأفعال الانسان ، فان اضافتها اليه لا تحتاج الى منشأ ، فليس لغيره أن يجبره على الفعل لأنه مختار في افعاله : إن شاء فعل وان شاء ترك . ويراد من هذه الاضافة السلطنة لا الملكية ، لأنه لا معنى لأن يملك الانسان فعل نفسه . وقد تكون (عرضية) : لها منشأ انتزاع وهو أحد امور على سبيل منع الخلو :-

١ - فربما يكون منشأ الانتزاع (الحيازة) وقد اشتهر أن (من حاز ملك) و (من استولى على مالم يسبق اليه احد فهو أولى به) وثبوت الاضافة بالحيازة امر عقلائي لا يتوقف على ورود من الشارع كحيازة الانسان المباحات الاصلية .

٢ - وربما يكون منشأ الانتزاع (الصناعة) كما اذا أخذ احد ما لا مالية له

- كالطين - فصنعه كوزاً فيكون مالاً . وهذه الصنعة هي المنشأ في اضافته اليه بعنوان أنه مال . ويترتب عليه - عند الكسر - سقوط ماليته .

٣ - وقد يكون المنشأ (ما يلحق بالصنائع) من الاعمال : كما اذا أتى احد بالماء من النهر ، فانه يكون مالاً وان كان عند النهر لامالية له ، ومثله حفظ الثلج الى الصيف ، فانه يكون مالاً ، وان كان في الشتاء لامالية له .

وقد يجتمع الاضافة منشأ : كحيازة الخشب وصنعه سريراً ، فان المنشأ لاضافة السرير اليه امران : من حيث المادة الحيازة ، ومن حيث الصورة الصنعة .
وأما (الاضافة التبعية) فهي الاضافات الثابتة فيما يوجد في ملك الانسان : كبيض الدجاج ، وصوف الغنم ، وثمر الشجر ، فان اضافتها الى المالك تتبع الاصل .

وأما (الاضافات الثانوية) فهي المسبوبة بالاضافة الى شخص آخر وهي على أنحاء : (فتارة) تنشأ من سبب غير اختياري : من إرث او وصية - بناء على كونها من الإيقاعات - او وقف ونحوه ، و (اخرى) تنشأ من سبب اختياري من بيع او صلح ونحوه من العقود . ومحل البحث انما هو القسم الأخير .
ثم ان العقلاء - بما أنهم مدنيون - يحتاجون في معاشهم الى تبديل اموالهم ، كما اذا كان عند أحدهم عروضاً كالحنطة والارز ، وعند الآخر قماشاً ونحوه ، واحتاج كل منهما الى ما عند الآخر ، فيتبادلون بما عندهم ، فإذاً تكون المبادلة بينهم معتبرة .

وحيث ان مالية الأشياء مختلفة ، وتعيينها بالاجناس صعب ، جعلوا الدراهم والدنانير معياراً في المالية ، وفي تقويم الاشياء . وحينئذ المعاوضة - للاغراض العقلانية - قد تكون بين عروضين ، وقد تكون بين الدراهم والدنانير ، وقد تكون بين عروض ودراهم ، فالبيع إما أن يطلق على جميع ذلك ، أو يختص بالأخير .

ثم إن البيع حيث أنه تترتب عليه احكام خاصة - كبعض الخيارات واعتبار العلم بالوزن او الكيل في المئمن والمئمن - إذا كانا من المكيل والموزون - وان لم يكن الجهل بهما موجبا للغرر على المشهور ، كما اذا كان الشعير والخنطة متساويين في المايية ، فجعل احدهما في كفة الميزان ، وبمقداره في الكفة الأخرى من دون علم بمقدار ذلك - فلا بد لنا من تحقيق مفهوم البيع لترتب عليه آثاراً خاصة من بين بقية العقود . فنقول : البيع وان كان لفظاً عربياً ، إلا أن له ما يرادفه في جميع اللغات ، ففهم معناه لا يختص بالعربي ، فأهل كل لغة يرجع الى ما يرادفه في لغته ، فيتضح له معناه ، ولكل احد أن يجتهد في فهم المعنى .

وما ذكره في المصباح - في تعريف البيع - وان لم يكن تاماً ، إذ لانشك في أن البيع لا يطلق على فعل الاثنين - اعنى البيع والشراء - وانما يطلق على فعل طرف واحد منهما إلا أنه تعريف لفظي ، كما هو شأن اللغويين ، كقولهم (سعدانة نبت) و (العود خشب) فلا مجال للمناقشة فيه طردأً وعكساً .

وكيف كان ، فقد ذكرنا انه (تارة) يكون كل من العوضين عروضاً ككتابين اريد تبديل احدهما بالآخر ، و (اخرى) يكونان من الأثمان كتبديل الدراهم او الدينارين بمثلها ، او تبديل احدهما بالآخر ، و (ثالثة) يكون احدهما ثمناً والآخر عروضاً ، كما هو الغالب ، كما إذا كان قصد من عنده العروض نفس المال ، وقصد من عنده المال العروض الشخصى بحيث لا يرغب في غير ذلك الجنس وإن كانت ماليته اكثر ، لعدم تعلق غرضه بالجنس الذى ماليته اكثر ، ففي هذا الفرض لا اشكال في عدم صحة اطلاق البيع على فعل من عنده الثمن . فلا يقال باع ثمنه بالكتاب ، بل يقال اشترى الكتاب بثمن كذا . نعم يطلق البيع على فعل من عنده العروض ، فيقال باع كتابه او داره بثمن كذا .

وأما الفرض الأول - اعنى مبادلة العروضين - (فتارة) يكون مقصود احدهما تبديل مالية ماله ، وليس له نظر الى شخص العروض الذى يأخذه اصلاً

قوله (ره) : الظاهر اختصاص المعوض بالعين (١) .

و (أخرى) تكون الخصوصية ملحوظة لكل منهما . والصورة الاولى ملحقة بالفرض الأول ، فيصدق البيع على من كان غرضه متمحضاً في حفظ مالته ، والشراء على فعل الآخر . وأما الصورة الثانية ، فالظاهر عدم صدق البيع والشراء على فعل كل منهما ، فاذا فرضنا ان زيداً له دار خارج البلد ، وعمرو له دار داخل البلد ، ولكل منهما رغبة في دار الآخر فعوضاهما ، لا يصدق عليه البيع والشراء ، بل هو مجرد مبادلة بين المالكين ، وان كان ظاهر المصباح صدق البيع عليهما . فان الظاهر ارادة تعريف البيع بما كان متعارفاً في الزمان السابق من المعاوضة بين العروضين ، لعدم تعارف المعاوضة بالأثمان .

ولكن الصحيح أن البيع لا يطلق على ذلك ، وتعريف المصباح مبني على المسامحة كما ذكرناه . وما ذكره الميرزا النائيني - (اعلى الله مقامه) من أن احد المتبادلين لابعينه - في الفرض - بائع والآخر مشترٍ ولاتعين لهما واقعاً - غريب ، فانا قد ذكرنا - غير مرة - ان احدهما لابعينه لامصداق له خارجاً ، فالصحيح ان هذه المبادلة ليست بيعاً ولا شراء اصلاً ، وان كانت صحيحة بمقتضى (اوفوا بالعقود) وكونه (تجارة عن تراض) .

وأما الفرض الثاني - اعنى ما إذا كان العوضان كلاهما من الأثمان - فان كان أحد الثمنين رائجاً في مملكة اخرى ، كتبديل الاسكناس في العراق بالدينار ، فهو ملحق بتبديل العروض بالثمن ، فيكون فعل صاحب الاسكناس بيعاً ، وفعل الآخر شراء . واما اذا كانا معارئين في البلد كتبديل دينار بدينار ، او تبديل وصف اجتماعه بالتفرق ، كتبديل دينار باربعة ارباع ، فليس شيء من ذلك بيعاً اصلاً ، بل هو مبادلة يعمها (اوفوا بالعقود) وحاية ما كان (تجارة عن تراض) . هذا كله في بيان البيع من حيث المورد .

(١) أراد به الفرق بين البيع وغيره من حيث المتعلق ، فان التملك في البيع

يتعلق بالاعيان ، وفي الاجارة يتعلق بالمنافع وان كان متعلق العقد في كليهما هو العين ، فالاجارة كالبيع تتعلق بالعين ، فيقال آجرتك الدار ، ولا يقال آجرتك منفعة الدار ، بل يقال ملكتك منفعة الدار ، لأن تملك المنفعة مأخوذ في مفهوم الايجار ، فلا معنى لتعلقه بالمنفعة ، لأنه عليه يكون تملك منفعة المنفعة . وهذا بخلاف نفس التملك . ونظير ذلك الأمر والطلب ، فان الأمر يتعلق بالماهية ، والطلب يتعلق بايجاد الماهية ، لأن الايجاد مأخوذ في الأمر ، إذ معناه طلب الايجاد فلا معنى لتعلقه بالايجاد .

وعلى كل فالفرق بين البيع والاجارة ليس من جهة متعلق العقدين ، وانما هو من جهة متعلق التملك في كل منهما . وعليه فلاوجه لما توهمه بعض من كلام المصنف (قده) من اختلاف متعلق العقدين ، فأشكل عليه بأن متعلق الاجارة هو العين لا المنفعة ، كما أنه لا وجه لما أورده بعض على تعريف الاجارة - الذي هو تملك المنفعة ، مثل سكنى الدار ، وركوب الدابة - بكون فعل المستأجر تحت سلطنته وليس للآخر سلطنة عليه ليملكه ، فان ما يملكه المؤجر للمستأجر ليس فعلا من السكنى ونحوه ، بل هو حيثية في العين بها تكون قابلة للانتفاع .

وبعبارة اخرى : فعل المستأجر له طرفان : حيثية طرفه الى الفاعل وحيثية طرفه الى ملك المؤجر وما يملكه اياه هو الحيثية الثانية .

وقد ظهر أن ماورد من اطلاق البيع على تملك المنفعة مبني على المساححة . لانصراف البيع عن ذلك وصحة سلبه عنه .

ثم إن المراد بالعين ما يقابل المنفعة ، فالعين كل ما يحتاج في وجوده الى الحيز ، كالأجسام ، والمنافع لا تحتاج - في وجودها - الى الحيز ، كسكنى الدار فتصدق العين على الدين وبيع الكلى في الذمة ، والكلى في المعين كصاع من صبرة فان كل ذلك يحتاج وجوده في الخارج الى حيز . والفرق بين الدين وبيع ما في الذمة : أن الدين يكون قبل بيعه مملوكاً للبائع ، والكلى في الذمة ليس ملكا لصاحب

الذمة ، وانما له السلطنة عليه ، كسلطنته على افعاله فيملك ما في ذمته لأحد دون آخر . وأما الكلى في المعين كصاع من صبرة فهو قابل للانطباق على كل صاع من الصبرة ، غاية الأمر دائرته اضيق من بيع الكلى في الذمة ، اذلا ينطبق على صاع من غير الصبرة ، كما هو ظاهر . والبيع صادق في جميع الموارد الثلاثة .

إلا أنه قد يناقش في بيع الكلى : بأن الملكية من الأعراض التي لا تتحقق خارجاً الا في موضوع ، فاذا كان المملوك معدوماً فكيف تتحقق الملكية . وقد اطل في الجواب عنه . ومحصل ما يقال فيه : أن الملكية ليست من المقولات ، وانما هي امر اعتبارى عقلاني امضاه الشارع ، فيمكن تحققه مع عدم تحقق موضوعه خارجاً .

وتفصيل ذلك : ان الملكية قد يراد بها (الملكية الحقيقية) وهي المختصة بالحق جل شأنه ، فانه مالك جميع الموجودات ، وهي بمعنى الاحاطة الحقيقية القيومية ، ويعبر عنها بالاضافة الاشرافية ، فان الممكن - كما يحتاج الى المؤثر في حدوثه - يحتاج اليه في بقاءه ، فهو - جل شأنه - مقوم لتمام الموجودات ، بحيث إذا انقطعت إفاضته عن موجود انعدم لاحالة . وهذا نظير احاطة النفس بصورها الذهنية وحضورها لدى النفس ، وهذه الاحاطة ليست من المقولات ، وانما هي منتزعة من الوجود ، بل هي عين اليجاد .

وقد يراد بالملكية (الملكية المقولية) المعبر عنها بالجلدة ، وهي هيئة حاصلة من احاطة شيء بشيء في الخارج ، كاحاطة العمامة بالرأس ، وهي من الأعراض ، لأنها لا تتحقق الا اذا كان في الخارج محيط ومحاط .

وقد يراد بالملكية (الملكية الاعتبارية) فان العقلاء قد يعتبرون السلطنة لشخص لبعض المصالح ، والملكية بهذا المعنى محل الكلام ، وليست هي من الأعراض ولذا نرى بالوجدان أنه - بعد تلفظ البائع بقوله بعث والمشتري بقوله قبلت - لا يتبدل شيء من اعراض المالك ولا المملوك ، وحينئذ لا يتوقف تحققها على تحقق

موضوعها خارجاً ، بل يمكن اعتبارها لكلى المملوك وكلى المالك ، كما في الزكاة التى هى ملك لكلى الفقير .

ثم إن المبادلة ليست كبقية الافعال مثل الأكل والشرب ونحوها ، وانما هى من الافعال المتعلقة التى لا بد لها من متعلق ، فالمبادلة بين شيئين قد تكون في المكان وقد تكون في غيره ، وفي البيع تكون المبادلة بين مالين في الاضافة على ما هو ظاهر المبادلة بين مالين بعنوان المالية . واذا كان نظر صاحب المصباح في اعتبار المال في تعريف البيع الى ذلك فقد أجاد ، ولا وجه للقول بكون المبادلة في الملكية ، فان البيع قد يكون تبديلاً في غير الملكية ، كما اذا بيع سهم سبيل الله من الزكاة ليصرف ثمنه في تعمير المساجد او القناطر ، فان سهم سبيل الله ليس ملكاً لأحد ولا جهة : وسبيل الله يكون مصرفاً له لا مالاً . فلا تبديل في الملكية ، وهذا ظاهر . ولما ذكرناه لا بد في البيع أن يدخل الثمن في كيس صاحب المثلث وبالعكس ، والا فلا تكون هناك مبادلة ولا بيع . ويشهد لذلك جميع موارد استعمال لفظ البيع والشراء في الكتاب المجيد (١) .

ثم إن في تعريف المصباح مساحتين ، وان قلنا ان المناقشة في تعريف اللغوى بلاوجه : (احدهما) - انه لا يعتبر في المبيع ان يكون ذا مالية يرغب فيها العقلاء كما اذا اشترى احد تصوير جده أو خطه لرغبته في حفظه ، ولم يكن عند العقلاء يساوي فلساً ، فيصح الشراء ، فلا تعتبر في البيع - لاعرفاً ولا شرعاً - مالية المبيع ،

(١) كقوله تعالى في سورة البقرة (ولا تشتروا بآياتي ثمناً قليلاً) (ليشتروا به ثمناً قليلاً) (انما البيع مثل الربا واحل الله البيع وحرم الربا) (واشهدوا اذا تباعتم) الآيات (٤١ و ٧٩ و ٢٧٥ و ٤٨٢) وفي سورة النساء (٧٤) (الذين يشترون الحياة الدنيا بالآخرة) وفي سورة يوسف (٢٠) (وشروه بثمن بخس) وفي سورة التوبة (١١١) (ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة . . . فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به) .

قوله (ره) كالثمرة على الشجرة . . . (١) .

ولو فرضنا اعتبارها فيه شرعاً ، فهي غير معتبرة فيه لغة وعرفاً بلا إشكال . ومن الواضح أن المصباح لم يرد تعريف البيع الصحيح شرعاً ، والالزم أن يضيف الى ما ذكره كل ما يعتبر في صحة البيع شرعاً ، كبلوغ المتعاقدين وعقلهما وغير ذلك . (ثانيتها) - أن المفاعلة على ما صرح به اهل الفن فعل الاثنین وان استعمل في فعل الواحد احياناً كما في جملة من الآيات الكريمة (١) . ولاشك في أن البيع لا يطلق على مجموع فعل البائع والمشتري معاً ، وان سلمنا اطلاقه على فعل المشتري كنفس الشراء ، وقلنا بأنه موضوع للجامع بين فعل البائع والمشتري ، وحيث أن كان الأولى لصاحب المصباح ان يعرفه بالتبديل لا المبادلة . فالصحيح على ما ذكرناه يكون تعريف البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة .

(١) قد عرفت ان متعلق التمليك في البيع هو الأعيان في مقابل المنفعة . واطلاقه - احياناً - على تمليك المنافع - كسكنى الدار وخدمة العبد - مسامحة واضحة كما أن استعمال الاجارة في تمليك العين مسامحة . وهذا ظاهر . إلا أنه لم يظهر لنا مراد المصنف (ره) من تمثيله لاستعمال الاجارة في نقل الاعيان باجارة الثمرة على الشجرة ، فان المحتملات في اجارة الاشجار ثلاثة :

(الأول) - أن يستأجر الشجرة قبل ظهور الثمرة فيها ، ثم تظهر الثمرة لها . وعليه لإشكال في كون الاجارة لنقل المنفعة فقط ، وهي حيثية الانتفاع بالشجرة فاذا ملك المستأجر حيثية الانتفاع بالشجرة حدثت الثمرة في ملكه تبعاً ، نظير نتائج الاعيان المملوكة للانسان . فالاجارة هنا لم تستعمل في تمليك العين اصلاً .

(١) (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون الا انفسهم وما يشعرون) البقرة/٩ (ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم) النساء/١٤٢ .

قوله (ره) وأما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة (١) .

(الثاني) - أن يستأجر الشجرة بعد تحقق الثمرة لتدخل الثمرة بذلك في ملك المستأجر ، وهذا غير صحيح ، فان الثمرة الموجودة على الشجرة يجوز بيعها مستقلاً ، ولا تدخل في بيع الشجرة تبعاً ، كما صرح به الفقهاء في كتبهم فضلاً عن دخولها في اجارة البستان او الاشجار ، إلا اذا اشترط ذلك في بيع الأشجار او اجارة البستان . وأما اطلاق الاجارة على نقل الثمرة نفسها فلم نعر عليه في كلمات الأئمة (ع) ولا في كلمات الفقهاء . وأما اهل القرى فلا اعتبار باطلاقهم المسامحي ، وهو واضح .

(الثالث) - أن يستأجر الأشجار بعد وجود الثمرة لها ، ولكن بحيث يكون متعلق التملك فيها هو حيثية الانتفاع من التنزه وغيره ، ويشترط في ضمنها دخول الاثمار في ملك المستأجر . وفي هذا الفرض ايضاً لم تستعمل الاجارة في نقل العين ، وإنما يكون نقلها بالشرط في ضمن العقد . والحاصل : أن المصنف (ره) اجمل المراد من هذه النواحي الثلاث ، ولم يفهم المراد من عبارته (اعلى الله مقامه) .

(١) قد ذكرنا أن البيع لإنشاء تبديل عين بمال ، فمن طرف الموجب لابد وأن يكون المنقول عيناً ، ومن طرف القابل يجوز ان يكون عيناً ، كما يجوز أن يكون منفعة . وأما الاجارة فحيث أنها تبديل المنفعة بالمال ، فمن طرف الموجب يكون المنقول منفعة ، ومن طرف القابل يمكن ان يكون عيناً - كما هو الغالب - ويجوز أن يكون منفعة كايجار دار بسكنى دار اخرى .

قوله (ره) وأما عمل الحر ... (١) .

عمل الحر

(١) توضيح ما أفاده - أعلى الله مقامه - على ما ذكره بعض المحشين : أنه لا إشكال في أن عمل العبد يكون مالاً ومملوكاً لمولاه ، ومثله عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه ، ولذا يضمن للمالك إذا منعه الجائر من الانتفاع بذلك ، كما أنه يكون موجباً لحصول الاستطاعة في الحج . وأما عمل الحر قبل وقوع المعاوضة عليه فليس من الأموال .

واستدل عليه بوجهين :

(الأول) - عدم كونه محققاً للاستطاعة في الحج ، فإذا فرضنا أحداً غير مستطيع بالفعل ، ولكنه يقدر على صنعة كالكتابة يتمكن بها من تحصيل مقدار من المال يفي للحج في زمن قصير لا يكون مستطيعاً ، ولا يكون وجوب الحج عليه فعلياً . وهذا كاشف عن عدم كون العمل مالاً له .

(الثاني) - أن الحر إذا لم يكن أجيراً ، وحبسه الجائر لا يضمن له ما يفوته بذلك من أعماله ، ولو كانت أعماله مالاً لضمنها ، كما في إتلاف غيرها من الأموال فإذا لم يكن عمل الحر مالاً قبل المعاوضة لا يمكن جعله عوضاً في البيع من جهة اعتبار مالية المبيع قبل وقوع المعاوضة .

(وفيه) : أنه لا تعتبر في البيع الملكية في العوضين قطعاً ، وإلا لكان بيع الكلى في الذمة أولى بالاشكال ، فإن الانسان لا يكون مالاً في ذمته . ومن هنا لا يتحقق به الاستطاعة ، ولا يكون موجباً للضمان فيما إذا أراد أحد بيع ما في ذمته ومنعه غيره منه ، فالعقلاء لم يعتبروا الملكية للحر بالاضافة إلى أعماله ، كما لم يعتبروا الملكية في المبيع والتمن . وإنما المعتبر فيهما المالية ، وهي ثابتة في عمل الحر ، فانه مما يرغب فيه العقلاء ويكون مضافاً إلى الفاعل كما بيناه سابقاً ، فلأمانع من جعله عوضاً

وما ذكر من الوجهين يرد على أولهما : أن الموضوع في وجوب الحج - على ما يظهر من الأخبار (١) الواردة فيه - هو أن يكون عنده من المال ما يفي بزيادته وراحلته ، وهذا العنوان غير صادق في محل الكلام ، فإن العمل وإن كان مالا ، إلا أنه لا يصدق عليه عرفاً أنه عنده مال ، ولا ينتقض بعمل العبد والحر الأجير ، فإنه يكون نظير منافع الدار مما تحصل به الاستطاعة .

ويرد على الوجه الثاني : - أن الحر إذا لم يكن كسوباً ، ولكن كان له شأنية الكسب وقابليته ، فلا يكون ذا مال عرفاً ، فلا يصدق إتلاف المال إذا حبسه الجائر ومنعه عن أعماله . وأما إذا كان كسوباً بالفعل فحبسه الجائر ، يكون ضامناً لما يفوته بسببه من الاعمال ، لصدق (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) .

-
- (١) - ١ - محمد بن يعقوب بإسناده عن عثمان الحلبي عن أبي عبد الله (ع) في قول الله تعالى : ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً « ما السبيل ؟ قال : أن يكون له ما يحج به » .
- ٢ - محمد بن علي بن الحسين في عيون الأخبار عن الفضل بن شاذان عن الرضا (ع) في كتابه إلى المأمون ، قال : « وحج البيت فريضة على من استطاع إليه سبيلاً ، والسبيل الزاد والراحلة مع الصيحة » .
- ٣ - وفي كتاب التوحيد . . . عن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله (ع) في قوله عز وجل ، ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً « ما يعني بذلك ؟ قال : من كان صحيحاً في بدنه مخلاً سربه له زاد وراحلة » .
- الوسائل - الباب الثامن من أبواب وجوب الحج بوجود الاستطاعة الحديث (٣ و ٦ و ٧) .

قوله (ره) : وأما الحقوق الاخر . . . (١) .

الحقوق

(١) لم يتقدم ذكر الحقوق ليصح وصفها بالاخر . وقد ذكر السيد (اعلى الله مقامه) في توجيهه ما نصه : « يمكن ان يكون الوصف توضيحياً ، ويمكن أن يكون تقييدياً بعد اعتبار كون العين والمنفعة ايضاً من الحقوق بالمعنى الأعم » . ولا يخفى ما فيه : - فان حمل التقييد في المقام على التوضيح - مع عدم ترتب أية فائدة على ذكره - لغو ظاهر ، وحمله على التقييد والاحتراز بالاعتبار المذكور في كلامه غير صحيح ، فان العين او المنفعة مما يتعلق به الحق المبحوث عنه في المقام ، فانه سنخ من الاعتبار والنسبة بين الانسان وما يتعلق به ، فهو مبين للعين والمنفعة فكيف يمكن حمله على ما يعمها ؟ فالظاهر أن في العبارة تقديماً وتأخيراً ، ولعلها من النسخ . والصحيح هكذا : -

« وأما الحقوق ، فان لم تقبل المعاوضة بالمال ، كحق الحضانة والولاية فلا إشكال ، وكذا لو لم يقبل النقل : كحق الشفعة وحق الخيار . وأما الحقوق الاخر القابلة للانتقال : كحق التحجير ونحوه ، فهي وان قبلت النقل وقوبلت بالمال في الصلح . . . » .

وكيف كان ، فقد قسم المصنف (ره) الحقوق الى ثلاثة أقسام : -
(الأول) - ما لا يقبل المعاوضة بالمال ، ومثل له بحق الحضانة والولاية .
(الثاني) - ما لا يقبل النقل وإن قبل الاسقاط بل الانتقال بارث ونحوه ومثل له - على ما ذكرناه - بحق الشفعة وحق الخيار .

(الثالث) - ما يقبل النقل والانتقال : كحق التحجير ، وحكم بعدم جواز جعل الحق في القسمين الأولين ثمناً في البيع ، وتردد في ذلك في القسم الثالث ، مع صحة مقابله بالمال في الصلح . وقبل التكلم في حكم كل من الأقسام لابد من بيان الفارق بين الحق والملكية : -

فنقول : الملكية تطلق (تارة) ويراد بها السلطنة والاحاطة الحقيقية كملكية الله تعالى بالاضافة الى مخلوقاته . و (اخرى) تطلق على السلطنة الخارجية التكوينية كمالكية الانسان لأفعال نفسه أو ذمته ، فان الانسان - تكويناً - يملك ذلك وليست مالكيته لذمته او لفعل نفسه كمالكيته لعمل عبده أو أجيره ، وهذه الملكية بمعنى الاختيار ، بحيث إن شاء فعل وإن شاء ترك ، وهذا هو المراد من قوله تعالى - حكاية عن كلمه (ع) - (لا أملك إلا نفسي وأخي) اي ليس تحت اختياري غير نفسي وأخي .

و (ثالثة) - تطلق الملكية على الملكية الاعتبارية ، وهي سلطنة اعتبارية ثبتت باعتبار من بيده الاعتبار من الشارع والعقلاء . وهذه الملكية ليست منتزعة من الأحكام التكليفية ، لثبوتها في موارد عدم ثبوت حكم تكليفي رأساً ، كما اذا كان المالك محجوراً عليه او كلياً او جهة . وقد ينعكس الأمر ، وقد يجتمعان ، فيبينها عموم من وجه ، كما أنها ليست من الأعراض المقولية .

وقد استدل شيخنا المحقق (قدس) على ذلك بوجوه ثلاثة : (ثالثاً) - وهو الصحيح - أن الملكية لو كانت من الأعراض لاستحال تحققها في الخارج مع عدم تحقق موضوعها ، كما هو شأن الأعراض ، فان وجود العرض لنفسه عين وجوده لموضوعه ، وقد نرى ثبوتها للكلي كما في الزكاة ، فانها ملك للكلي الفقير وللجهات ، كما في الوقف على الجهات ، وهكذا تعتبر الملكية للكلي في الذمة فتتحقق الملكية . واعتبارها للكلي شاهد على عدم كونها من الأعراض .

وأما الوجهان الآخران : فغير تامين . وحاصل الوجه الثاني - أن الوجدان اقوى شاهد على أنه لا يتغير - بعد البيع والشراء مثلاً - عرض من اعراض المالك ولا المملوك .

وفيه : أنه مصادرة واضحة ، إذ كيف يمكن أن يقال أنه لا يوجد في الخارج شيء بعد حصول النقل والانتقال بالبيع أو الارث او غيره ، مع أن

الملكية قد وجدت لاحالة ، فان الوارث كان فقيراً قبل موت مورثه وبعده صار غنياً ، وكون الملكية المتحققة عرضاً او امراً اعتبارياً هو محل الدعوى .

وأما الوجه الأول - فحاصله : أن الملكية لو كانت من الأعراض لم تختلف فيها الانظار ، مع أن الملكية تختلف فيها الأنظار ، فقد يكون شيء مملوكاً لآحد بنظر دون نظر (ففيه) أن اختلاف الأنظار في الامور الحقيقية غير عزيز ، فليس كل أمر واقعي - من الجوهر أو العرض - غير قابل للاختلاف فيه ، بل الامور على قسمين : (أحدهما) - ما هو بديهي كاستحالة اجتماع النقيضين فلا تختلف فيه الأنظار (ثانيهما) - ما يكون نظرياً يقع فيه الاختلاف لاحالة . فالصحيح من الوجوه هو الوجه الأخير في كلامه ، زيد في علو مقامه .

فظهر بما بيناه أن الملكية امر اعتباري في مقابل بقية الاعتباريات ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي ، فهو قسم من الحكم الوضعي . وقد أوضحنا حقيقة الحكم التكليفي والوضعي في محله .

وأما الحق في اللغة فبمعنى الثابت ، إلا أنه بحسب الاصطلاح لا يطلق إلا على الحكم القابل للاسقاط . ومرجعه الى عدم جواز مزاحمة من عليه الحق لمن له الحق ، سواء كان من عليه الحق شخصاً خاصاً كمن عليه الخيار في البيع ، فان من له حق الفسخ لا يجوز أن يزاحمه من عليه الحق في الفسخ ، او لم يكن شخصاً خاصاً كما في حق التحجير أو حق السبق الى الوقف ونظائره من الحقوق ، فانه لا يجوز لغير من له الحق من المكلفين أن يزاحمه في تعمير مورد التحجير ، أو في الجلوس في المسجد مثلاً وهكذا دائماً ينتزع الحق من عدم جواز المزاحمة الثابت في مورد الحقوق لكونه متعلقاً بشخصين ، كما عرفت . ويمكن أن يكون هذا وجهاً للفرق بين الحق وسائر الاحكام ومن هنا لا يتعلق الحق الا بالافعال كحق العماره في موارد التمهجير وحق القصاص والفسخ ونحو ذلك .

فالصحيح أن يقال أن الحق لا يغير الحكم بل هو حكم شرعي اختياره بيد

من له الحق فله إسقاطه .

والحاصل ان الحق حكم تكليفي إلزامي ، أو ترخيصي ، أو وضعي جوازي أولزومي . ومرادنا من الحكم الوضعي في المقام الحكم بنفوذ التصرف وهو الجواز الوضعي ، أو الحكم بعدم نفوذه وبطلانه ، وهو اللزوم الوضعي لا بقية الاحكام الوضعية : كالزوجية والرقية ونحوهما .

ومما يشهد لما ذكرناه - من أن الحق هو الحكم بعينه - أننا لا نرى فرقاً بين الجواز الحكمي غير القابل للإسقاط في جواز قتل الكافر تكليفاً وبين الجواز الحق في جواز قتل الجاني قصاصاً ، وهكذا لافرق في جواز رجوع الواهب وضعاً وجواز رجوع من له الخيار في البيع ، مع أن الاول حكمي والثاني حقي ، وكذلك لافرق بين اللزوم الحقي والحكمي ، فليس في موارد ثبوت الحق أمر آخر سوى الحكم الشرعي القائم بالمكلف ، غاية الأمر أنه قابل للإسقاط دون غيره من الاحكام الشرعية . ولهذا قلنا أن الملكية قد تتعلق بالاعيان والحق لا يتعلق إلا بالافعال ، فان الملكية اعتبار شرعي او عقلائي ، وليست منتزعة من الحكم التكليفي لثبوتها في موارد عدم تحقق الحكم التكليفي كالمصبي فانه مالك وليس له حكم تكليفي فالحق عين الحكم وبالعكس .

ثم إن الحكم الوضعي أو التكليفي ربما يستفاد من الدليل قابليته للإسقاط ، فيعبر عنه اصطلاحاً بالحق ، وقد لا يكون قابلاً للإسقاط ، فيعبر عنه بالحكم ، وقد يطلق الحق على الحكم غير القابل للإسقاط احياناً ، كما في حق المسارة ، فانه ليس إلا جواز التصرف في مال الغير وهو غير قابل للإسقاط . هذا كله بالاضافة إلى من له الحق .

وأما من عليه الحق ، فلم يكن بالنسبة إليه سوى الحكم التكليفي ، فان كلا من الزوج والزوجة له حق على الآخر كما هو صريح الآية (١) إلا أن حق الزوج

(١) ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة (البقرة/ ٢٢٨)

أكثر درجة من حق الزوجة ، فعلى الزوج حق الاتفاق وليس معناه إلا وجوب الاتفاق عليه ، وعلى الزوجة حق التمكين وليس معناه إلا وجوبه عليها ، وهكذا في غير ذلك من الموارد ، فلم نعثر على امر اعتباري - غير الحكم الشرعي باقسامه يكون ثابتاً لمن له الحق او من عليه الحق - يسمى بالحق اصلاً ، وهكذا الحق العرفي ليس الا أحكاماً عرفية على ما ذكرنا .

(حكم الشك في قابلية الحق للاسقاط والنقل)

إذا عرفت ما ذكرناه يقع الكلام في موارد : -

(الاول) - في جواز جعل الحق القابل للنقل عوضاً في البيع .

(الثاني) - فيما إذا شك في قابلية الحكم للاسقاط أو للنقل وما تقتضيه القاعدة في ذلك .

(الثالث) - في الشك في قابلية الحق للانتقال .

(أما المورد الاول) فالظاهر عدم جواز جعل الحق عوضاً سواء قلنا بأنه سلطنة ضعيفة كما هو المشهور ، أو قلنا بأنه حكم شرعي كما هو المختار ، فعلى الاول يكون البيع - على ما مر تعريفه من المصباح - عبارة عن المبادلة بين المالكين في الاضافة أو في الملكية ، فالمبادلة في متعلق الاضافة ، فلا تتم مبادلة نفس المالكيتين أو السلطنتين وإن كانت السلطنة مالاً ومما يرغب فيها العقلاء ، فلو كان نظر المصنف اعلى الله مقامه - في ترده في جواز جعل الحق عوضاً ونفي الميرزا النائيني (ره) لذلك - الى ما ذكرناه ، فهو متين جداً .

نعم على هذا لا مانع من جعل متعلق الحق عوضاً في البيع كحل البيع في الخيار إلا أنه خلاف المتعارف وخارج عن محل البحث ، وهو جعل نفس الحق عوضاً كما لا مانع من جعل الاسقاط عوضاً في البيع .

هذا بناء على كون الحق سلطنة . وأما بناء على كونه حكماً شرعياً ، فالظاهر

أن الحكم الشرعي - باقسامه - لا تكون له اضافة مالية الى من يقوم به الحكم من المكلفين أصلاً . وقد عرفت أن البيع هو تبديل المالين في الاضافة ، فحكم الشارع بالجواز أو اللزوم وإن كان قابلاً للاسقاط والنقل ، وكان مما يرغب فيه العقلاء ، إلا أنه لا يكون مضافاً الى المكلف باضافة مالية أو دونها مما يكون مصححاً لصدق البيع . نعم على هذا يمكن جعل اسقاطه عوضاً .

و(أما المورد الثاني) وهو ما إذا شككنا في قابلية الحكم للاسقاط ، فإن كان لدليله اطلاق يعم ثبوته فيما بعد الاسقاط جاز التمسك به ، وإن لم يكن له إطلاق: كما إذا كان دليل الحكم الاجماع ، فإن قلنا بجريان الاستصحاب في الحكم الكلي الشرعي فنستصحبه ، وإلا فقتضى عموم مثل قوله (ع) « لا يجوز التصرف في مال احد الا باذنه » (١) عدم جواز التصرف فينتفي الحكم السابق بالاسقاط وهكذا الكلام في الحكم الوضعي ، إلا أن في استصحابه اشكالا آخر وهو كونه تعليقياً . و(أما المورد الثالث) وهو الشك في قابلية الحق للانتقال بالارث ونحوه ، فالصحيح فيه الحكم بعدم الانتقال ، لأن ما ينتقل الى الوارث هو متركه الميت . والمراد به بحسب الفهم العرفي ما يبقى بعد ذهاب الميت ولا يكون قائماً بشخصه ، فإن ما يكون متقوماً بشخص الميت يذهب بذهابه ولا يصدق عليه عنوان متركه الميت ، فاذا شككنا في قابلية الحق للانتقال وعدمه يشك في شمول متركه الميت له ، والاصل عدم انتقاله اليه .

(وبما ذكرنا) ظهر أن القابلية للانتقال من شؤن قابلية الشيء للنقل فانه إذا كان قابلاً له يصدق عليه مترك فينتقل الى الوارث ، واذا شككنا في قابلية الحكم للنقل فقتضى الاصل العملي دائماً والاصل اللفظي في بعض الموارد هو عدم

(١) لم اعثر على هذا اللفظ والموجود في الوسائل الباب الأول من ابواب كتاب الغصب الحديث (٤) عن صاحب الزمان عجل الله فرجه قال « لا يحل لاحد أن يتصرف في مال غيره بغير اذنه » .

قوله (ره) : ثم ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية . . . (١) .

قابليته للنقل ، وذلك لان الانتقال وعدم جواز مزاحمة المنقول اليه كما لم يجز مزاحمة الناقل مخالف للاصول والقواعد، ففي حق الفسخ مثلاً إذا نقله من له الحق الى غيره ، وشك في قابليته للنقل ففسخ المنقول اليه البيع وأخذ مال الغير منه قهراً كان هذا من اكل مال الغير بالباطل لانه ليس بالتجارة عن تراض ، وقد نهى المولى سبحانه عنه بقوله (لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) والمفروض أن الفسخ ليس عن تراض ، وهكذا ثبوت حق التحجير لمن نقله من له الحق اليه وعدم جواز مزاحمة الناس اياه مناف لعموم (من سبق الى ما لم يسبقه اليه غيره فهو اولى به) إلى غير ذلك ،

نعم تبقى في البين عمومات (او فوا بالعقود) (واحل الله البيع) وقوله (ع) (الصلح جائز بين المسلمين) فهل يمكن ان يستفاد منها قابلية الحكم للنقل إذا وقع عليه شيء منها ام لا؟ الظاهر العدم، لأنها لا تكون مشرعة ومبينة لما يكون للمتعاقدين السلطنة عليه وما لا يكون ، بل هي ناظرة الى نفوذ اسباب النقل والانتقال في موارد ثبوت السلطنة التامة لكل من المتعاقدين على ماله ولو عند العرف والعقلاء ، ولذا إذا فرضنا أن أحداً آجر نفسه للغناء أو جعل فعله هذا عوضاً في البيع ، ونفرض أنا نشك في حرمة الغناء وكونه تحت سلطنته وضعا ، فان الحرام لا يجعل عوضاً ، ولا تقع المعاملة عليه - لا يمكننا التمسك بعموم (أو فوا بالعقود) والحكم بدلالته بالالتزام على صحة العقد وجواز الغناء تكليفاً ، وهذا ليس إلا لما ذكرناه من أن هذه العمومات لا تثبت السلطنة على اصل النقل ، بل هي ناظرة الى اسبابه .

فالحق أن مقتضى الاصل عند الشك في قابلية الحكم للنقل هو العدم .

(١) أقول : البيع - كما عرفت - انشاء تبديل عين بمال ، فيعتبر أن يكون المبيع عيناً . وأما الثمن فيمكن أن يكون عيناً ، كما يمكن أن يكون منفعة أو عملاً . وأما الحق فقد عرفت الكلام فيه . ويعتبر في صدق عنوان البيع أن يكون غرض

البائع حفظ ماله وإن كان في شخص الثمن وغرض المشتري شخص المبيع ، وإلا فلا يصدق البيع ، كما إذا فرضنا تعلق غرض كل منهما بشخص مال الآخر كتبديل كتاب بكتاب ، فإنه لو سئل كل من المتبادلين هل بعث كتابك ؟ يقول لا ولكن بدلته بكتاب آخر .

الفرق بين الانشاء والاخبار

المشهور ذهبوا إلى أن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فلا يتصف بالصدق والكذب ، والاخبار عبارة عن حكاية النسبة الخارجية لإثبات أو نفي فيمكن اتصاف الاخبار بلحاظ الخارج بالصدق والكذب ، ومن هذه الجهة فرقوا بينهما . (والصحيح) استحالة إيجاد المعنى باللفظ ، سواء كان المعنى من المقولات المتأصلة أو من الأمور الاعتبارية ، فإن المتأصلات مستندة إلى مبادئها الخارجية والأمور الاعتبارية إنما هي بيد من له الاعتبار . واللفظ أجنبي عن كل ذلك (نعم) ربما يكون لللفظ لوازم كخرقه للهواء أو ترتب انتباه الغير أو هتكه عليه ، ولكنه غير إيجاد المعنى باللفظ .

وأما كون الانشاء استعمالاً للفظ في المعنى ، فهو وإن كان صحيحاً ، إلا أن الاستعمال ما يعبر عنه بالفارسية (بكار بردن) أي أعمال الشيء في وجوده ، واستعمال الأشياء يختلف ، فمثل استعمال اللباس يكون باللبس ، واستعمال الأثناء يكون بالشراب والأكل ، واستعمال اللفظ عبارة عن إعمال تعهد الواضع ، فإن الواضع قد تعهد التوصل باللفظ إلى تفهيم المعنى واحضاره في ذهن السامع ، فعنى استعمال اللفظ أعماله في ذلك ، وهذا أجنبي عن إيجاد المعنى باللفظ ، كما هو ظاهر .

(وبالجمل) لا يوجد بقول (بعث واشترت) أي موجود لا في الخارج ولا في الاعتبار (فالصحيح) - كما بيناه في الأصول - أن الألفاظ - من المفردات والمركبات من الجمل الخبرية والانشائية - كلها موضوعة لبراز الأمر النفساني

الذي به يمتاز الانسان عن سائر انواع الحيوان ، فانه يمكن إبراز ما في ضميره بانحاء من الكتابة والاشارة واراة فرد من الطبيعي في الخارج ، إلا أن ذلك قد يتعسر أو يتعذر ، فالواضع إنما وضع الألفاظ لذلك تسهيلا ، وتعهدا أن يتلفظ بلفظ خاص إذا أراد تفهيم المعنى المخصوص ، فاللفظ دائما يدل على قصد التفهيم .

ثم إن الجمل الانشائية دالة على الاعتبار النفساني على اختلاف انواع مايتعلق به الاعتبار ، فانه قد يكون ثبوت شيء في ذمة المكلف ، وقد يكون الملكية او الزوجية او الحرية أو غير ذلك .

و (الجمل الخبرية) تدل على قصد الحكاية ، ومن هذه الجهة لافرق بينهما وبين الجمل الانشائية في عدم الاتصاف بالصدق والكذب . وإنما الفرق بينهما من ناحية المتعلق ، فان متعلق الابرار في الجمل الخبرية الحكاية ، وهي تتصف بالصدق والكذب ، والانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني الذي لا تعلق له بأمر خارجي .

ثم إن الانشاء قد يكون موضوعا لحكم الشارع أو العقلاء وامضائهم ، وقد لا يكون ، كما أن المسافر يكون موضوعا لجوب القصر ، والحاضر موضوعا لوجوب التمام ، ولا معنى لان يتسبب المنشئ بالانشاء الى اعتبار الشارع كما لا يتسبب الى حكمه بوجوب القصر في السفر ، وهكذا لا يتسبب المنشئ بالانشاء الى اعتبار العقلاء ، بل يمكن أن يتحقق البيع مع عدم وجود عاقل في العالم سوى المتبايعين ، ومع وجودهم ايضا ، فالغالب أن المتبايعين لا يقصدان التسبب الى ذلك ، بل يكونان غافلين عن اعتبار العقلاء .

(وبالجمله) فكما لا يوجد المعنى بالانشاء كذلك لا يتسبب به الى اعتبار الشارع او العقلاء اصلا ، بل ليس في مورده سوى ابراز الاعتبار النفساني ، وربما يترتب عليه اعتبار العقلاء او الشارع ، وهذا غير التسبب . وما ذكرناه جار في جميع الانشاءات من العقود والايقاعات من غير فرق بينهما .

قوله (ره) : حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ . . . (١)

(إشكالات على تعريف البيع)

(١) لا يخفى ما في كلامه (قدس سره) في المقام فانه او رد - على تعريف العلامة (ره) للبيع بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال - بانه من مقولة المعنى دون اللفظ ، والالم يعقل انشاؤه باللفظ ، ثم قال الاولى تعريفه بانه انشاء تمليك عين بمال ويرد عليه مثل ما اورده على العلامة (ره) بعينه .

والتحقيق أن البيع ليس من قبيل المعنى محضاً ولا من قبيل اللفظ محضاً ، بداهة ان الاعتبار المحض القائم بالنفس لا يكون بيعاً ولا صلحاً ولا غيره من العقود ، كما أن اللفظ المجرد لا يكون عقداً وإنما العقد عبارة عن الاعتبار المبرز كما كان الحال كذلك في الأمر وأما ما ذكره من الاشكال فيرد عليه نقضاً وحلاً :

(أما النقض) فمثل الاذن الذي هو من الايدان بمعنى الاعلام ، فلا يطلق على الرضا ما لم يبرزه الراضي ومع ذلك ينشأ بلفظ اذنت ، وهكذا الامر معناه الطلب المبرز ويمكن انشاؤه بلفظ آمرك ، وفي المقام كذلك فيمكن ان يكون البيع بمعنى انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي ، ومع ذلك ينشأ بلفظ بعت .

(وأما الحل) فهو أن هذه العناوين لم توضع لمصداق الاعتبار المبرز ليستحيل ابرازها وانشاؤها ، وإنما هي موضوعة للاعتبار المنشأ الذي قد يكون موجوداً ، وقد يكون معدوماً ، فلا مانع من إيجاد هذا المفهوم وانشائه باللفظ ، ولعل الشبهة نشأت من اشتباه المفهوم بالمصداق ، فالبيع عبارة عن مفهوم انشاء تبديل العين بالمال او التبديل الانشائي . فاذا أبرز اعتبار التبديل بلفظ بعت او بغيره كان مصداقاً للبيع وهكذا الحال في الأمر فانه موضوع لابرز اعتبار شيء على ذمة المأمور فاذا أبرز ذلك بلفظ آمرك أو بغيره كان مصداقاً للأمر .

- قوله (ره) : منها - أنه موقوف على جواز ... (١)
 قوله (ره) : ومنها - أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه ... (٢)
 قوله (ره) : ومنها - أنه يشمل التملك بالمعاطاة مع حكم المشهور بل
 دعوى الاجماع على انها ليست بيعا ... (٣)

(١) اورد على تعريفه (قده) - البيع بأنه إنشاء تملك عين بمال - بوجوه :
 (منها) - أن لازمه جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، ثم التزم بعدم الضير فيه . (أقول) :
 لا إشكال في جواز انشاء البيع بلفظ ملكت ، إلا أنه لا يلزم مرادفة البيع والتمليك
 فإن البيع يمكن إسناده الى الطرف مطلقا ، سواء كان أصيلا أو وكيلا أو وليا ،
 فيصح ان يقال في البيع للولي بعثك هذا المال بمال ابنك ، وهذا بخلاف بقية عناوين
 العقود ، ففي التزويج لا يصح الاسناد الى الولي او الوكيل ، فلا يقال زوجتك ، بل
 يقال زوجت ابنك او موكلك ، والتمليك ايضا يكون نظير التزويج ، فلا يقال
 لولي المشتري ملكتك السلعة بكذا وهكذا الوكيل . لان دخول المثلث في كيس
 من يخرج الثمن من كيسه وبالعكس مأخوذ في عنوان البيع ، بل قد يتحقق البيع
 بلا تملك ، كما إذا أوصى بصرف ماله في جهة خاصة : كعمارة المسجد ونحوها ،
 فاشترى به مال ، فانه لا يدخل في ملك أحد أصلا ، ومع ذلك يصدق عليه البيع .
 (٢) أجاب (قده) عن هذا النقض بما تقدم الكلام فيه . والصحيح في الجواب
 أن يقال إن التملك في بيع الدين على من هو عليه ثابت ، إلا انه تملك بالملكية
 الحقيقية لا الاعتبارية ، وقد ذكرنا فيما تقدم أن ما يزول عن البائع عندما يبيع ما
 في ذمته من الملكية هو الذي يرجع اليه عند شرائه لما في ذمة نفسه ، فلا يبقى حينئذ
 لما أفاده من السقوط والتهاتر وجه صحيح .

(٣) فيه أولا - أن المعاطاة - على ماسيجيء الكلام فيها - بيع صحيح حقيقة
 بل لازم . و (ثانياً) - أن المنني عند المشهور او المجمعين انما هو صحتها ، ولا ينافي
 ذلك صدق البيع عليها عرفا ، غايته تكون بيعا فاسدا كغيرها من اقسام البيع الفاسد

قوله (ره) : ومنها صدقة على الشراء . . . (١)

شرعاً ، لاختلال بعض ما يعتبر في الصحة . ومن الواضح أن التعريف المذكور تعريف لمفهوم البيع عرفاً لا البيع الممضى شرعاً ، ويشهد لما ذكرناه - أن المنقى عندهم صحتها لا كونها بيعاً - نفس التمسك بالاجماع والشهرة ، فإنه انما يرجع اليهما في الاحكام الشرعية لافي تعيين المفاهيم العرفية ، فالمشهور انما نفوا صحتها اولزومها ، وذهبوا الى كونها مفيدة لباحة التصرف ولم ينفوا كونها بيعاً عرفاً .

(١) حاصله أن المشتري ايضاً يملك العين بالمال ، وهكذا المستأجر يملك العين -البأ بالمنفعة ، ولا فرق بين الشراء والاستيجار إلا في أن العوضين في الشراء يمكن أن يكون كلاهما عيناً ، وفي الاجارة يكون أحد الطرفين منفعة . وأجاب (قده) عن النقض بان التملك في الشراء ضمني ، ثم عطف عليه دفع النقض بالاستيجار ، وذكر أن جوابه يظهر مما ذكره في الشراء .

(نقول) : لم نفهم ما أراده (قده) من كون التملك من جهة المشتري ضمناً ، فإنه إن أراد به أن تملكه يكون بنحو المطاوعة والقبول أي تبعاً لفعل البائع ، فهو لا ينافي صدق التملك . وعليه لابد وأن يكون الشراء بيعاً تبعياً ، مع أن ذلك غير معتبر في الشراء . وإن أراد أن القبول يعتبر فيه أن يتأخر عن الإيجاب ، ففيه أنه إنما يعتبر فيما إذا أنشأ القبول بلفظ قبلت أو رضيت ونحوه مما اخذ في معناه المطاوعة . وأما إذا أنشأ بلفظ اشتريت أو تملكيت ، فلا مانع من تقديمه على الإيجاب فابتداءً يقول المشتري اشتريت منك المتاع الفلاني بكذا درهم ، فيقول البائع قبلت أو بعت ، كما أن النكاح أيضاً يمكن إنشاؤه من طرف الزوج ، فيقول للزوجة تزوجك في المدة المعلومة بمبلغ كذا ، فاذا قالت قبلت يتم النكاح وهو منصوص . (وبالجملة) كما أن البائع يملك المشتري شيئاً ويملك منه شيئاً آخر ، كذلك المشتري ، والقول - بأن التملك من أحد الطرفين ضمني ومن الآخر استقلالي - لا وجه له فالفرق بين البيع والشراء إنما هو بما بيناه من أن غرض البائع لابد وأن

قوله (قده) : ومنها - انتقاض طرده بالصلح . . . (١)

يتعلق بالمال ، وغرض المشتري إنما يتعلق بشخص المبيع . وأما إذا كان غرض كل منهما متعلقاً بحفظ المالية أو بشخص العوضين ، فلا تكون المبادلة بيعاً ، وإنما هي معاوضة أخرى ، وهكذا الحال في الاجارة ، فغرض المؤجر لا بد وأن يتعلق بالمالية ، وغرض المستاجر يتعلق بالانتفاع بالعين والا فلا تصدق الاجارة .

(١) الفرق بين البيع والصلح الواقع على المبادلة بين مالين من الجهة التي نحن بصدددها - أعني من جهة المفهوم العرفي لا من حيث الحكم الفرعي - هو ما أفاده من انهما متغايران مفهوماً ، فان البيع تبديل عين بمال في جهة الاضافة ، والصلح هو التسالم على شيء ولذا لا يكون طلبه من الخصم اقراراً ، بخلاف طلب البيع او الهبة ومنه مصالحة احد الشريكين مع الآخر على أن يكون مافي يد كل منهما ملكاً له ، وهو مورد النص (١) .

وتوضيح الفرق - بين البيع والصلح على ملكية عين بعوض - هو أن البيع - كما عرفت - إنشاء تبديل عين بمال في جهة الاضافة لكنسه بنفسه متعلق التسالم لا محالة ، فان البائع والمشتري مالم يتسالم على التبديل المزبور لا يصدر منهما العقد فالعقد هو متعلق التسالم ، لا أن المنشأ هو التسالم ، وهذا بخلاف عقد الصلح ، فان المنشأ فيه هو التسالم على شيء ، فقد يكون هو الملكية بعوض فيفيد فائدة البيع ، وقد يكون ملكية المنفعة فيفيد فائدة الاجارة وقد يكون غير ذلك فيفيد فائدة

(١) محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) في رجلين اشتركا في مال فربحاه فيه وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عز وجل (الوسائل - الباب ٤ من كتاب الصلح - الحديث - ١) .

قوله (قدّه) : وأما الهبة المعوضة . . . (١)

عقد آخر . ومن هنا يظهر أن متعلق عقد الصلح لا يكون الا الملكية ونحوها من الأحكام ولا يمكن تعلقه بعين او عمل بل يتعلق بملكيتها مثلاً ، فيقال : صالحتك على أن يكون هذا ملكاً لك بازاء ملكي لما عندك . وعليه فالصلح في مورد البيع مباين له مفهوماً ومصادقاً وإن اتحدا في النتيجة والغاية . نعم الصلح بالمعنى اللغوي لا بد من تحققه في موارد جميع العقود كما عرفت .

(١) قد تكون الهبة مجانية ، فتكون جائزة إلا إذا قصد بها القرية ، أو كانت الى ذى رحم ، أو بين الزوج والزوجة - على كلام - فتكون لازمة ، وربما تكون معوضة اشترط فيها شيء بأن يقول الواهب وهبتك هذا على أن تخيط ثوبي . و(ثالثة) تكون مجانية إلا أن الموهوب له يهب للواهب شيئاً تداركاً لا حسانه . والنقض إنما هو بالهبة المعوضة ، لتوهم صدق تعريف البيع عليها ، لأنها تمليك بعوض .

وحاصل ما أجاب عنه المصنف (قدّه) أن الشرط ليس عوضاً للموهوب وإلا دخل العوض في ملك الواهب بقبول المتب ، وظاهرهم التسالم على عدمه ، كما أن ظاهرهم تملك المتب للموهوب ولو مع عدم العمل بالشرط .

فالصحيح أن الهبة دائماً تكون مجانية بلا عوض ، إلا أنها قد تكون مطلقة وقد تكون مشروطة ببقية العقود ، وليس الشرط فيها إلا كالشرط في ضمن البيع ونحوه الذي لا يقابل بشيء من الثمن والمثمن ، وإنما يعلق عليه لزوم العقد من قبل العاقد ، ولذا لا يوجب تخافه البطلان وإنما يوجب الخيار .

ثم ان السيد (ره) ذكر في حاشيته ما حاصله أن الهبة المعوضة غير منحصرة بما إذا كان العوض مذكوراً على وجه الشرطية ، بل منها أن يقول وهبتك كذا بهبتك كذا بأن تكون الهبة في مقابل الهبة . و (منها) - أن يقول وهبتك كذا بكذا بأن تكون الهبة في مقابل المال او المال في مقابل الهبة .

قوله (قدّه) : بل تمليك على وجه الضمان . . . (١) .

قوله (قدّه) : ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضة .. (٢) .

ونقول أما تمليك الهبة في مقابل الهبة او المال بانشاء الهبة فهو مستحيل ، لأنه مضافاً إلى أن الفعل الخارجي - بعد تحققه - لا معنى لتمليكه للغير ، أن تمليكها إن كان بنفس قوله وهبتك فهو غير معقول ، لان الهبة المنشأة انما تعلق بالمال لا بنفسها وإن كان بانشاء آخر فالمفروض انتفاؤه . وأما تمليك المال بازاء الهبة فهو بيع حقيقة قد انشئ بلفظ غير صريح ، وسيجيء الكلام فيه .

(١) هذا ما أجاب به عن انتقاض تعريف البيع بالقرض ، وحيث خفي مراده على بعض المحشين أورد عليه بأن التمليك على وجه الضمان إن كان تبديل العين بالمثل او القيمة الثابتة في ذمة المديون فهو بيع ، وإن كان تمليكاً مجاناً فما هو المضمن .

وعليه فنقول الضمان - على ما يظهر من كلامه في البحث عن المثل والقيمي - ليس ثبوت المثل او القيمة في عهدة الضامن ، بل الضمان عبارة عن انتقال نفس العين الى العهدة ، ففي الكفالة يكون الكفيل متعهداً للشخص ، وفي الضمان يكون الضامن متعهداً للعين . وعلى هذا رتبنا وجوب دفع قيمة يوم الأداء لا يوم الغصب ولا يوم التلف . وعليه فنفس هذا المعنى أعنى ثبوت العين في العهدة الذي كان يتحقق بالغصب - بمقتضى على اليد ، أو بالاتلاف - يتحقق بالتراضى في القرض ، غاية الأمر في الغصب تنتقل العين بما لها من الخصوصيات الشخصية الى العهدة ، ولذا يجب ردها مع بقائها . وفي القرض تنتقل العين الى العهدة مع إلغاء خصوصياتها الشخصية ، فيكون الثابت في العهدة كلياً قابل الانطباق حتى على نفس العين ولذا يجوز الأداء بردها فليس في القرض معاوضة اصلاً بل هو تمليك العين بثبوتها في عهدة المقرض مع إلغاء خصوصياتها الشخصية .

(٢) فسرّه جملة من المحشين بان الامور المعتبرة في ربا المعاوضة من كون

العوضين من المكيل او الموزون وكونهما من جنس واحد غير معتبر في ربا القرض ولذا ترى أن الزيادة في المعلوم لا يكون ربا في البيع ويكون ربا في القرض ، وهكذا في جنسين . فاذا اقترض أحد قيمياً على أن يؤدي ما يزيد على قيمته يكون رباً محرماً ، مع أنها جنسان .

وفيه - مع أنه خلاف ظاهر العبارة ، اذ لو كان المراد به ذلك ، كان الأنسب أن يقول : (ولذا لا يعتبر فيه شروط بالمعاوضة) - أن ما اراده المفسرون بما حاصله أن اختلاف الحكم لا يوجب اختلاف الحقيقة ، فان بيع الحيوان يثبت فيه الخيار دون بيع غير الحيوان مع كونها حقيقة واحدة ، فمجرد كون دائرة الربا - في القرض - أوسع من الربا في البيع لا يستلزم تغايرهما ، فلا بد أن يكون المراد - والله العالم - أن ما يكون رباً في المعاوضة لا يكون ربا في القرض . وتوضيح ذلك : أن الربا إنما يتحقق باشتراط الزيادة في العقد لا بمجرد اعطائها من غير اشتراط ، فانه احسان ويستحب في اداء القرض .

ثم إن الفقهاء ذكروا أن الربا المعاوضي قد يكون بالزيادة العينية كما قد يتحقق بالزيادة الحكيمة : كاشتراط أحد المتبايعين على الآخر شيئاً . وأما اختلاف العوضين في وصف الجيد والردى فليس من الربا المعاوضي وإنما يكون رباً في القرض لأن كل قرض يجر نفعاً فهو رباً ، فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الربا المعاوضي فدائرة الربا في القرض أوسع من الربا في البيع ، فقد تكون الزيادة رباً في القرض ولا تكون رباً في البيع ، وهذا واضح . وإنما المهم تصوير عكس ذلك : أعني ما يكون ربا في المعاوضة مع عدم كونه رباً في القرض ، على ما هو ظاهر كلام المصنف (ره) وهو ما إذا اشترط المقرض شرطاً في الدين ، فانه ليس نفعاً للمقرض ، وإنما هو ضرر عليه . نعم إذا انعكس الامر واشترط المقرض على المقرض شيئاً يتحقق معه الربا ، لأنه نفع حكى يصدق معه عنوان كل قرض

قوله (قده): (ولا الغرر المنفي...) (١)

قوله (قده): (ولا ذكر العوض ولا العلم به...) (٢)

يجر نفعاً ، فعلى هذا يتم استشهاده ، فان القرض لو كان من المعاوضات ، لكان مقتضى اطلاقات أدلة الربا المعاوضي ثبوت الربا في القرض لعدم ورود دليل خاص ناف للربا في المقام بخصوصه .

(١) ذكر السيد في حاشيته أن ظاهر كلامهم في باب القرض وجوب العلم بالمقدار . . . إلى أن قال وناقش في ذلك صاحب الجواهر وهو في محله لاختصاص ما دل على نفي الغرر بالبيع .

(نقول) : الظاهر أن الغرر لا يتعلل في القرض ، فلا موضوع له ، إلا أنه ثابت غير منتف كما يظهر من كلام المحشي ، وذلك لأن الغرر بمعنى الخطر وهو إنما يتصور فيما إذا خرج شيء عن ملك الانسان ودخل بازائه شيء آخر مجهول . وأما إذا فرضنا أن نفس ما يملكه ينتقل إلى عهده ، فاي خطر يترتب على الجهل به ؟ فالغرر منتف - في القرض - موضوعاً .

(٢) ذكر بعض المحشين أن عدم اعتبار ذكر العوض في القرض إنما هو من جهة كونه بنفسه معلوماً دائماً فانه المثل إن كانت العين مثلية ، وإلا فالقيمة وإنما يعتبر ذكره في البيع لعدم كونه معيناً في نفسه ، فلا ينافي ذلك كونه بيعاً . (نقول) : قد يتردد الشيء بين أن يكون مثالياً او قيمياً ، كما أن الشيء القيمي ربما لا تتغير له قيمة كبعض الجواهر النفيسة ، فليس ما ذكره مطرداً في جميع الأعيان . فالصحيح أن يقال : أن القرض ليس معاوضة ، ليعتبر فيه ذكر العوض او العلم به ، بل هو - كما ذكرنا - نقل العين إلى العهدة بالغاء خصوصياتها الشخصية التي ليست دخيلة في ماليتها ، فعدم ذكر العوض من باب السالبة بانتفاء الموضوع .

قوله قده: (فما قيل من أن البيع هو الأصل في تملك الأعيان) (١)
قوله قده: (ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في
معان... (٢)).

(١) حاصل ما أورده على القائل هو أنه لو أريد من الأصل الأصل اللفظي فهو
تام ، والا فلا أصل في البين يعين البيع وينفي به احتمال غيره . توضيح ذلك : انه
إذا ثبت كون تملك عين بمال هو نفس البيع فان احتمل لإرادة غير البيع منه
كالصلح مثلاً فالأصل اللفظي - أعني أصالة الحقيقة - يعين أن المنشأ به هو البيع
دون غيره . وأما إذا لم يثبت الاختصاص بل احتملنا أن يكون مشتركاً معنوياً
بين البيع وغيره من أنواع المبادلة ، أو ثبت الاختصاص ولكن لم نعرف انه
إنشاء التملك أو الصلح ثبوتاً ، فليس حينئذ أصل يعين الواقع في البيع . نعم إذا كان
لأحدهما أثر زائد يدفع بالأصل .

(٢) تعرضه ثانياً لبيان معنى البيع إنما هو من حيث اعتبار القبول فيه وعدمه
فحكى عن بعض معاصريه للبيع معان : « الأول » التملك بشرط تعقبه بالقبول
« الثاني » الإيجاب والقبول معاً ، إما الانشائيان وإما المعنويان . « الثالث » نتيجة
الإيجاب والقبول - أعني الانتقال .

ثم أورد على المعنى الأول بأنه فرد من البيع قد ينصرف إليه لفظه لبعض
القرائن ، لا أنه معنى البيع بحيث يكون لتعقب القبول دخل في حقيقته . نعم تحقق
القبول دخيل في امضاء البيع شرعاً أو عرفاً لا عند البائع ، فانه ينشئ التملك
سواء تعقبه القبول أم لم يتعقبه .

ثم ذكر أن التملك والملكية يكونان من قبيل الإيجاب والوجوب بحيث ينفك
أحدهما عن الآخر ، فإنه قد يوجب الأمر شيئاً ولا يتحقق به الوجوب لكونه
فاقداً شأنية الآمرة ، وليس من قبيل الكسر والانكسار ليستحيل تخلف أحدهما
عن الآخر - انتهى .

قوله قده : (وكذلك لفظ النقل والإبدال والتملك (...) (١) .

وقد أورد عليه السيد في الحاشية باشكال متين حاصله : إن البيع إنما هو التملك المعاملي وليس من قبيل الإيقاعات ، فهو متقوم برضا الطرفين ، ولا معنى لتحقيقه مع قطع النظر عن قبول الطرف الآخر حتى في نظر شخص المعبر فضلاً عن غيره ، وليس ذلك إلا كانشاء تزويج المرأة من دون رضاها ولا علمها ، فهل يكون ذلك سبباً لتحقيق الزوجية حتى في نظر المنشئ ؟

والحاصل أن المصدر المجرد لا يتخلف عن المصدر المزيد فيه ، لأن معناه تعدية المجرد إلى الغير ، فكيف يتحقق المزيد من دون المجرد كما في الإيجاد والوجود وقد برهن في محله على اتحادهما حقيقة وأن تغايرهما بالاعتبار . ومثله الكسر والانكسار والإيجاب والوجوب ، فلا فرق بينهما في ذلك أصلاً ، فالوجود مطلقاً لا يتخلف عن الإيجاد ، سواء كان حقيقياً أو اعتبارياً . كيف ؟ والإيجاد عبارة عن الوجود المضاف إلى الفاعل .

نعم الإيجاد الاعتباري قد تختلف فيه الانظار كالإيجاب والوجوب ، فيكون لإيجاده عند كل شخص مستلزماً لتحقيق الوجود عنده وإن لم يتحقق عند غيره ، ومن هذا القبيل التملك والملكية بخلاف الكسر والانكسار فإنه أمر حقيقي . وعليه فحيث أن التملك في البيع معاملي متقوم بالطرفين يستحيل أن يعتبره البائع من دون تعليقه على قبول المشتري حتى في نظره ، بل لا بد وأن يعتبر التملك المعلق على قبول المشتري ، فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر معلقاً كما في الوصية وغيرها من الاعتبارات التعليقية . ولا يتوهم كون التعلق موجباً لفساد العقد ، فإنه من التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعا .

(١) ما أفاده - من عدم توقف صدق تلك العناوين على القبول - وإن كان متبنياً إلا أن قياس البيع عليها قياس مع الفارق . فإن الإبدال ليس مرادفاً للبيع بل هو عنوان جامع قد يتحقق في ضمن البيع ، فتكون المبادلة بين مالين في الملكية

قوله قده : (وأما البيع بمعنى الأثر وهو الانتقال ...) (١)
قوله قده : (وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني) (٢)

وقد تتحقق في غيره كالتبديل في المكان ، وهكذا النقل فإنه يعم النقل الخارجي والنقل الاعتباري في البيع . واعتبار القبول إنما هو في المبادلة بين مالين في الملكية وأما التملك فهو مضافاً الى عدم اختصاصه بالتمليك الاعتباري - لصدقه على التملك التكويني - لا يعتبر القبول في مفهومه ان الملكية الاعتبارية ايضاً قد لا تتوقف على القبول ، كما في الإرث ونتاج الأملاك ، بل في الوصية ايضاً على الأظهر . نعم رد الموصى له يوجب انحلال الوصية ، فلو مات ولم يفعل شيئاً من الرد والقبول ينتقل المال الى وارثه ، فعنوان التملك جامع للتمليك التكويني والاعتباري الإيقاعي والمعاملي ، فعدم اعتبار القبول في صدق هذه العناوين غير مستلزم لعدم اعتباره في صدق عنوان البيع .

(١) استحسن قدس سره ما حكاه من توجيه تعريف البيع بالأثر ، بأن المراد بالبيع المحدود المبيعية - أعني المصدر المبني للمفعول - ولكنه لا يخفى عليك أنه ان اريد بالأثر الانتقال في نظر الشارع فليس بيعاً قطعاً ، سواء جعل من المبني للفاعل أو من المبني للمفعول ، بل هو حكم مترتب على البيع أحياناً ، وربما يتأخر تحققه عن البيع بزمان قصير أو طويل كما في بيع المكروه إذا تأخر عنه الرضا وطيب النفس فان عنوان البيع متحقق قبل لحوقه به لا إشكال ، وإنما الأثر متوقف على لحوقه ، وان اريد به الانتقال في اعتبار البائع فهو عين تعريف المصنف لا غيره ، لأن الانتقال ليس أثر النقل بل هو عينه حقيقة، واختلافها - كما عرفت - بالاعتبار فإذا لوحظ صدوره من الفاعل فقط يعبر عنه بالنقل وإذا لوحظ قيامه بمتعلقه يعبر عنه بالانتقال .

(٢) بعدما حكى عن الشهيد « قده » أن إطلاق البيع على العقد بعلاقة السببية استظهر أن مراده بالمسبب هو الأثر الشرعي لا النقل الحاصل من فعل

الموجب ، فذكر أن إضافة العقد الى البيع ليست ببيانبة ، بل هي من اضافة السبب الى المسبب .

هذا ، وقد ذكر قبل أسطر أن الظاهر اتفاق الأصحاب على إرادة هذا المعنى - أي العقد - في عناوين أبواب المعاملات حتى الإجارة وشبهها التي ليست هي في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد .

وفما افاده « قده » واقع للنظر : أما عدم كون الإجارة في الأصل اسماً لأحد طرفي العقد (ففيه) أن لفظ الإجارة قد يطلق ويراد به الأجرة ، وقد يطلق ويراد به المعنى المصدري من الثلاثي المجرد ، وعلى الثاني فهو مرادف للفظ الايجار، فإنه كما يصح أن يقال « آجرتك الدار » يصح أن يقال « آجرتك الدار » والظاهر أنه أريد هذا المعنى من قوله تعالى : « على أن تأجرني ثمانى حجج » أي تؤجرني نفسك لا صيرورته أجيراً كما في مجمع البحرين ، واختاره بعض مشائخنا المحققين - قدس سره - . وعلى ما ذكرناه فالإجارة كالبيع اسم لأحد طرفي العقد . وأما شبه الإجارة فقد ذكر السيد « قده » في تعليقه ان المراد به الوكالة . وعليه فالجواب عنه أن الوكالة عين التوكيل حقيقة . والفرق بينهما بالاعتبار ، فان لوحظ فيها جهة الاضافة إلى الفاعل يعبر بالتوكيل ، والا يعبر عنها بالوكالة كما في الإيجاد والوجود فالظاهر أنه ليس في ألقاظ المعاملات لفظ لم يكن في الاصل اسماً لأحد طرفي العقد نعم لم يلحظ الفقهاء في الموردين من أبواب المعاملات جهة إضافة العقد الى الفاعل - وهما باب الوكالة وباب النكاح - حيث لم يجعل العنوان فيهما التوكيل والإنكاح ، ولعل ذلك لنكتة لم تصل إلينا أو كان لجرد الصدفة والاتفاق .

وأما ما ذكره في تفسير مراد الشهيد من المسبب ، ففيه أن الاثر الشرعي لم يطلق عليه البيع في عرف ولا في لغة ليكون لإطلاقه على العقد حينئذ بعلاقة السببية أو بعلاقة أخرى ، فالظاهر - والله العالم - أن مراده بالمسبب هو المنشأ وبالسبب لفظ الإيجاب والقبول ، مبنيّاً على ما سلكه القدماء من أن الإنشاء عبارة عن إيجاد

قوله قده: (ان البيع وشبهه في العرف إذا استعمل ...) (١).

المعنى باللفظ ، فالمسبب حينئذ اعتبار المتبايعين وسببه قول « بعت واشتريت » ، فكأن البيع في الاصل اسم لاعتبار المتعاقدين ، وإطلاقه على اللفظ يكون بعلاقة السببية .

هذا ، ولكن قد عرفت فساد المبنى وان الإنشاء ليس إلا لإبراز الاعتبار النفساني ، فلا سببية في البين أصلاً .

ثم الظاهر أنه لم يثبت إطلاق البيع على نفس الإيجاب والقبول في مورد من الكتاب أو السنة ليتكلم في وجهه ، بل لعل إطلاقه عليه بعد من الاغلاط . نعم يصح إطلاقه على المعاهدة بين البائع والمشتري ، ومنه قولهم « كتاب البيع » ، ويعتبر في البيع الإيجاب والقبول ، وقولهم « انعقد البيع أو لم ينعقد » ، وقوله عليه السلام : « لا بيع بينهما » وغير ذلك ، وهذا الإطلاق المعبر عنه بمبادلة مال بمال معنى مجازي لا محالة ، لما عرفت من أن البيع عبارة عن تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والعلاقة حينئذ ليست هي علاقة السببية والمسببية ، بل من باب إطلاق اللفظ الموضوع للجزء على الكل . وعليه تكون إضافة العقد إلى البيع وغيره إضافة بيانية .

فقد حصل مما ذكر أن البيع له معنيان : « أحدهما » مبادلة مال بمال ، أي المعاقدة البيعية . « ثانيهما » تبديل عين بمال إذا تعقبه القبول ، والمعنى الثاني معنى لغوي والاول معنى إجازي اصطلاحى .

(١) لا بد من التكلم في مقامين: «أحدهما» في إمكان وضع ألفاظ المعاملات للصحيح . « ثانيهما » انه بناء على وضعها للصحيح كيف يتمسك بإطلاقها .

(أما المقام الاول) فقد ذكر فيه بعضهم أن الصحة او ملزومها لا تكون دخيلة في مفاهيم المعاملات قطعاً ، فانها امور عرفية كانت ثابتة قبل الشرع والشرعة ، فلا معنى لدخل الإمضاء الشرعي أو ملزومه في المفهوم العرفي . وقد

وجه المصنف (ره) وضع ألفاظ المعاملات كالبيع للصحيح، بأن الموضوع له فيه إنما هو المنشأ - أعني ما يعلن به الإنشاء - وهو النتيجة الحاصلة من المصدر إذا كان مؤثراً في حصول الملكية والانتقال واقعاً ، فتكون الانظار طريقاً اليه ، وإن اختلاف الشرع والعرف في ذلك من اختلاف الانظار في التطبيق والمصاديق ، فيكون المنشأ مصداقاً للبيع عند من يراه دون غيره ممن لا يكون مؤثراً عنده ، فالمعنى واحد وإنما الاختلاف في النظر ، والمتبع في بيان المصداق نظر الشرع دون غيره ، فعليه يتم وضع اللفظ للصحيح من دون استلزامه أخذ الإمضاء الشرعي في المفهوم .

وفيه أن الاختلاف في المصاديق إنما يعقل في الأمور الواقعية المتأصلة ، كاختلاف الأطباء في أن الدواء الكذائي حار أو بارد . وأما الأمور الاعتبارية - كالملكية التي تقومها بالاعتبار ولا واقع لها سواء - فلا معنى فيها للاختلاف في المصداق ، فالبيع مثلاً إذا كان موضوعاً للمؤثر في الجملة فهو عبارة أخرى عن الوضع للأعم ، وإن كان موضوعاً لخصوص المؤثر في نظر الشارع فقد عاد المحذور ، فإن وضعه لخصوص المؤثر شرعاً بدخل الإمضاء الشرعي أو ملزومه في مفهومه باطل قطعاً ، وأما احتمال أن يكون البيع موضوعاً لما هو المؤثر في الاعتبار الصحيح الناشئ عن المصلحة الواقعية فهو - وإن كان يصح معه الاختلاف في المصداق - إلا أنه باطل في نفسه قطعاً ، فإن صحة الاعتبار وفساده أجنبي عن المفهوم العرفي الذي تجري عليه الاستعمالات العرفية . فتحصل أن احتمال الوضع للصحيح في المعاملات باطل في نفسه ولا يقاس ذلك بالعبادات التي هي ماهيات مخترعة شرعاً .

وأما ما حكاه عن الشهيد الثاني « قدّه » من الاستدلال على الوضع للصحيح بالتبادر وصحة السلب عن الفاسد والأخذ بالإقرار ، فيرد عليه أن ذلك من جهة الانصراف الناشئ من القرائن الخارجية .

قوله (قده) : (وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ...) (١)

(١) هذا هو المقام الثاني الذي لابد من التكلم فيه ، فنقول : قد بين في محله أن ألفاظ العبادات - على القول بوضعها للصحيح - تكون مجملية لا يتمسك باطلاقها ولو كان المتكلم في مقام البيان ، وذلك لأن التمسك بالاطلاق فرع لأحراز صدق المفهوم على فاقد القيد المحتمل دخله في موضوع الحكم ، ومع فرض الوضع لخصوص الصحيح يشك في صدق المفهوم على فاقد ما يحتمل جزئيته أو شرطيته ، ومن هنا يقع الإشكال في صحة التمسك باطلاقات أدلة المعاملات عند الشك في دخل شيء في صحتها على القول بوضعها للصحيح ، مع أن التمسك بها أمر ثابت خلفاً عن سلف ولم يتوقف فيه أحد من العلماء ، فكيف يجتمع ذلك مع القول بوضعها للصحيح .

ومن هنا استدل بعضهم بفعل العلماء لأننا على الوضع للاعتم ، إلا أن شيخنا المصنف « قده » وجه التمسك بالإطلاق على القول بالوضع للصحيح بوجهين : (أحدهما) - انه مبني على استعمال اللفظ في المسبب أعني المنشأ المؤثر واقعاً - ما حاصله : أن البيع في قوله تعالى « أحل الله البيع » يحمل على المؤثر عند العرف لو ردد الخطاب على طريق المحاورات العرفية . وبعبارة أخرى : إن الآية الشريفة وإن لم يكن لها إطلاق كلامي لعدم إحراز أول مقدمة من مقدماته ، وهي ورود الحكم على المقسم كما عرفت ، إلا أنه حيث علق التحليل والإمضاء في الآية الشريفة بالمسبب ، وهو اغو من دون امضاء سبب من أسبابه ، اذ هو بمنزلة أن يصرح بالغاء جميع الاسباب ، فلا يترتب حينئذ على امضاء المسبب أثر أصلاً فلا بد من حمله على ما هو المؤثر عند العرف صوناً لكلام الحكيم عن اللغوية ، فتكون النتيجة لإمضاء جميع الاسباب العرفية ، ويعبر عن هذا بالاطلاق المقامي .

وفيه أنه إنما يتم أولم يكن في الاسباب العرفية ما هو متيقن الاعتبار بالإضافة

الى غيرها ، وإلا فيتعين امضاؤه شرعاً واو من باب صون الكلام عن اللغوية . فلا يثبت الاطلاق ، لاندفاع اللغوية بامضاء المتيقن من السبب .

(ثانيهما) - أن يكون المراد بالبيع في الآلة نفس المصدر - أعني الإنشاءات العرفية - فإذا شك في مؤثرية انشاء عرفي كالمعاطاة تمسك باطلاق دليل حليته لاثبات تأثيره .

وفيه أنه خلاف المفروض من كون اللفظ مستعملاً في المؤثر في الملكية . مثلاً فان الاشكال في التمسك بالإطلاق إنما كان مبنياً عليه لاعلى الاستعمال في معنى آخر هذا ، ويمكن تصحيح التمسك بالاطلاق بوجه آخر . وحاصله : ان الدليل اذا كان ظاهراً في امضاء معاملة والحكم بصحتها لا يعقل أن يكون موضوعه ما هو بمعنى قبل ذلك ، فلا مناص من كونه البيع العرفي ليرد الامضاء عليه ، وعليه فلا مانع من التمسك باطلاقه ، وان قلنا بكون الألفاظ موضوعة لخصوص الصحيح مثلاً إذا حكم الشارع بحلية البيع وحرمة الربا ، فكون الدليل في المقام الامضاء قرينة على ارادة البيع العرفي ، فيتمسك باطلاقه عند الشك في اعتبار شيء في صحته شرعاً .

والتحقيق أن القول بوضع ألفاظ المعاملات للصحيح باطل جزماً ، وذلك لما عرفت من أن البيع ونحوه من ألفاظ العقود والإيقاعات لم توضع لاعتبارات خاصة مبرزة بمبرزما في الخارج ، فالبيع مثلاً موضوع لاعتبار تبديل العين بالعوض في الملكية المتعقب بالقبول إذا ابرز في الخارج ، سواء لحقه الإمضاء العرفي أو الشرعي أو لم يلحقه ، فيصدق عنوان البيع على الاعتبار المبرز ولو لم يكن في العالم شرع ولا عاقل سوى المتبايعين ، وعليه فلا دخل لامضاء العقلاء في صدق مفهوم البيع فضلاً عن دخل الامضاء الشرعي فيه . ومعه جاز التمسك باطلاق دليله مهما شك في اعتبار شيء في صحته عرفاً أو شرعاً من دون فرق بين ما يستفاد منه

قوله (ره) المعاطاة على ما فسر ه . . (١)

الامضاء بالمطابقة كما في قوله تعالى : « أحلّ الله البيع » ، وبين ما يستفاد منه بالالتزام كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وبذلك يظهر أن التمسك بالاطلاق على ما سلكتناه أوسع من التمسك به على التقريب المتقدم ، فإنه بناء على ما سلكتناه يصبح التمسك بالاطلاق حتى مع الشك في اعتبار قيد في صحة المعاملة عرفاً وهذا بخلاف التقريب السابق ، فإنه لا بد فيه من إحراز الامضاء الشرعي والشك في الصحة شرعاً . وهذا هو الفرق بين التمسك بالاطلاق على المسلكين .

(١) المعاطاة عبارة عن عطاء شيء وأخذ شيء كما هو المتعارف في الأسواق خصوصاً في الأمور اليسيرة ، فيعطي أحد فلساً ويأخذ بقلّاً ، وقد وقع الخلاف في حكمها بين الأعلام . ولا بد قبل التعرض لذلك من تقديم أمر تبعاً لشيخنا المصنف (ره) ، وهو أن الإعطاء الذي هو محل الكلام - بما أنه فعل اختياري - لا بد وأن يصدر عن قصد ما ، فإما أن يقصد به الحفظ من دون أن يتصرف المعطى له فيما أعطاه أصلاً فيكون ودیعة ، وإما أن يقصد به التصرف والانتفاع مع بقاء عينه فإن كان ذلك بعوض كان إجارة والا كان عارية . وإما أن يقصد به إباحة جميع التصرفات حتى بالاستهلاك من دون تمايك ، فيكون إباحة التصرف كما في تقديم الطعام للضيف ، وإما أن يقصد به التمايك ، فإن كان بلا عوض كان هبة وإن كان بعوض كان بيعاً ، والمعاطاة وإن كانت جارية في جميع ذلك إلا أن محل البحث منها هو الاعطاء بقصد إباحة التصرف أو بقصد التمايك بعوض ، ويظهر بذلك الحال في باقي الأقسام . فالكلام يقع في مقامين :

(الأول) - في المعاطاة التي قصد بها إباحة التصرف ، ولا ينبغي الربط في عدم افادتها الملكية ، وأن غاية ما يحصل منها هو إباحة التصرف إما مطلقاً أو بخصوص ما لا يتوقف على الملك ولم يخالف في ذلك أحد ولم يذهب إلى حصول

الملك بذلك ، وإن كان الظاهر من تقارير المحقق النائي - قدس سره - وقوع الخلاف فيه ، إلا أنه خلاف المقطوع به ، إذ مع عدم قصد الملك كيف يمكن الحكم بترتب الملكية مع عدم دليل يساعد عليه . كما أن ما صنعه (الجواهر) - على ما حكاه الشيخ (قده) من حمل النزاع بينهم على المعاطاة المقصود بها إباحة التصرف المستلزم لإهمالهم القسم الآخر - غير صحيح كما أفاده المصنف .
فالمهم هو التكلم في المقام الثاني - أعني المعاطاة المقصود بها التملك - والأقوال فيها ستة :

(الأول) - ما عن المفيد من أنها تفيد الملك اللازم .

(الثاني) - ما ذهب إليه المحقق الكركي من أنها تفيد الملك الجائز ، وبالتلف أو التصرف المغير يكون لازماً .

(الثالث) - التفصيل بين ما إذا كانت مسبقة بمقاولة كاشفة عن الرضا بالتمليك اللازم ، وما إذا لم تكن مسبقة بها فتفيد الملك الجائز . وأما التفصيل بين ما إذا كان الدال على المعاملة لفظاً وعدمه فهو ليس تفصيلاً في محل الكلام كما هو ظاهر ، ونسب كل ذلك إلى بعض معاصري الشهيد الثاني .

(الرابع) - ما هو المعروف من أنها تفيد إباحة التصرف مطلقاً حتى ما يتوقف على الملك .

(الخامس) - أنها تفيد إباحة خصوص التصرف غير المتوقف على الملك عن بعض حواشي الشهيد على القواعد .

(السادس) - أنها معاملة فاسدة لا يترتب عليها شيء حتى الإباحة كبقية العقود الفاسدة . حكى ذلك عن العلامة في بعض كتبه وأنه عدل عنه في كتبه المتأخرة ، والظاهر أنه مبني على عدم شمول أدلة صحة البيع للمعاطاة فلا تفيد الملكية وأما ترتب الإباحة عليها مع أنها غير مقصودة ، فهو يحتاج إلى دليل آخر غير أدلة

لمضاء العقود ، وهو غير واضح .

وتوضيح الحال في المقام يتوقف على التكلم في الأدلة لنرى انها تشمل المعاطاة أم لا ، فنقول :

على المختار من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني ولا يوجد به أي معنى في الخارج وأن البيع اسم للاعتبار المبرز ، لا ينبغي الريب في أن المعاطاة بيع حقيقة ، فإن اعتبار التمليك موجود على الفرض ، ولا ينحصر المبرز في كونه لفظاً بل يكفي فيه الكتابة والاشارة والفعل الخارجي ، فيعمه دليل لمضاء البيع من قوله تعالى : « أحل الله البيع » وقوله سبحانه : « تجارة عن تراض » ، كما يعمه دليل لزوم العقد كقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » . وعليه فما ابداه المحقق النائيني من احتمال أن يكون لللفظ دخل في وجود المعنى المنشأ خارجاً يكون من السالبة بانتفاء الموضوع ، وإن رده « قده » بوجوه عديدة .

نعم يمكن توهمه على القول بأن الانشاء عبارة عن إيجاد المعنى باللفظ ، فالقاعدة الأولية تقتضي القول الأول المنسوب الى المفيد من أن المعاطاة تفيد الملكية اللازمة والتنزل عن ذلك لابد وأن يكون بقيام دليل عليه ، فإن ثبت اجماع على عدم اللزوم في المعاطاة نرفع به اليد عن عموم دليل اللزوم - أعني « أوفوا بالعقود » ونخصه بغير المعاطاة ، وحينئذ لو قلنا بأن معقد الإجماع مطلق لا يفرق فيه بين ما إذا كانت المعاطاة مسبقة بالمقاولة اللفظية وما لم تكن ثبت قول المحقق الكركي ، وإن قلنا بأن الإجماع دليل لبي لابد من الاقتصار فيه على القدر المتيقن ، وهو ما اذا لم تكن المعاطاة مسبقة بالمقاولة ثبت التفصيل المتقدم . وأما ان تنزلنا ثانياً - بأن ثبت اجماع أو دليل آخر ولو مثل قوله عليه السلام : « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » على عدم افادة المعاطاة للملك - فرجعه الى أن حصول الملكية بها مشروط بالتلف كاشتراطها بالقبض في بيع الصرف وبالاقباض في الهبة ، فإمضاء الملكية شرعاً

قوله (ره): للسيرة المستمرة... الخ (١) .

يكون متأخراً عن تحقق البيع أو الهبة ، وما بين الزمانين - أعني زمان العقد الى زمان التلف قد يحكم فيه الشارع بالإباحة ، والدليل عاينه دو السيرة العملية ، فليس هذا من قبيل ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع ، كما لا يكون منافياً لقاعدة العقود تابعة للقصد التي هي من القواعد المسلمة المستفادة من نفس الآية - أعني « أوفوا بالعقود » - فإن الوفاء بكل عقد إنما هو بإتمامه على ما قصد من غير حاجة فيها الى دليل آخر .

نعم او كانت الإباحة الثابتة لإباحة مالكية تم الإشكال، فحينئذ إن قلنا بأن السيرة القائمة على الإباحة مطلقة تعم جميع أنحاء التصرف حتى المتوقف على الملك ثبت القول الرابع . وإن قلنا بأنها دليل لبي لا بد فيها من الاختصار على القدر المتيقن ثبت القول الخامس .

وبهذا البيان ظهر مدرك الأقوال ، كما ظهر المناقشة في توجيه كل من المحقق الكركي وصاحب الجواهر لكلمات الأعلام ، فإن المحقق حمل الإباحة في كلامهم على الملك المنزّل لا الإباحة المصطلحة لئلا يلزم تخلف العقود عن القصد ، وصاحب الجواهر جعل مورد نزاعهم المعاطاة التي قصد بها الإباحة دون ما قصد بها التملك قائلاً : إن القول بالإباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الأصحاب ، فإن كلا التوجيهين مبني على أن يراد بالإباحة الإباحة المالكية ، وقد عرفت أنها إباحة شرعية ثابتة بالسيرة العملية .

(١) قد عرفت بما بيناه أن مقتضى القاعدة في المعاطاة ما ذهب اليه المفيد من كونها مفيدة للملك اللازم ، والتنزل عن كل من الجهتين يحتاج الى دليل ، فلا بد من التكلم في مقامين :

(الأول) - في إفادتها للملك وعدمها ، وقد استدلل على ذلك بأمور :

« منها » - سيرة المشرعة الكاشفة عن رضا الامام عليه السلام ، فانهم يرتبون على المأخوذ بالمعاظة آثار الملك . مثلاً : اذا اشترى أحد من غيره ثوباً بالمعاظة فمات قبل أن يتصرف فيه يجعلونه مما تركه ويرون انتقاله الى وارثه كبقية أمواله ، مع أن الارث لا يكون الا في الملك . وقدناقش فيها المصنف بأنها سيرة ناشئة من المسامحة وعدم المبالاة في الدين ، فلا تكون كاشفة عن رضا الامام عليه السلام . وأورد عليه السيد في حاشيته بأن هذه السيرة في المقام لو لم تكن معتبرة لما امكن التمسك بالسيرة في شيء من مواردنا .

ونقول : الظاهر عدم امكان التمسك بسيرة المشرعة في المقام ، وذلك لعدم امكان اثبات اتصالها بما هي سيرة المشرعة وكاشفة عن رضا الشارع الى زمان المعصوم عليه السلام . كيف ومراجع التقليد من القدماء قبل المحقق الثاني كانوا يفتون صريحاً بعدم إفادتها الملك : وهل يمكن مع ذلك أن تكون سيرة المشرعة في تلك الأعصار صحيحة ناشئة عن منشأ صحيح ، وهل يشك - على فرض ثبوتها - في كونها ناشئة من عدم المبالاة . ولا تقاس هذه بالسير التي لم تكن مخالفة لفتاوى مراجع التقليد في زمان ما ، فما ذكره السيد قدس سره مما لاوجه له .

ويشهد لما ذكرناه عدم ثبوت السيرة من المشرعة على إفادتها الملك في الأموال الخطيرة ، فما ينبغي أن يتمسك به من السيرة إنما هي سيرة العقلاء بما هم عقلاء ، فانها كانت ثابتة قبل الشرع والشرعة حتى في الامور الخطيرة ، ويكفي في امضاءها عدم ثبوت الردع عنها ولم يثبت ، فان ما يحتمل رادعيته عنها أمران : الاجماع ، وقوله عليه السلام « انما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وسيأتي عدم تمامية شيء منها . والفرق بين سيرة المشرعة وسيرة العقلاء أن في الأولى لأبد من إثبات اتصالها الى زمان المعصوم بما أنها سيرة المتدينين ليثبت إضاؤها ، وأما الثانية فيكفي فيها عدم الردع ، فكأن الشك في الأولى من الشك في المقتضي وفي الثانية من الشك

قوله (ره): عموم اجل الله البيع... الخ (١) .

في المانع .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدل به على افادة المعاطة للملك ، قد يجعل متعلق التحليل في الآلية التصرفات المترتبة على البيع كما صنعه المصنف ، لأنه استظهر منه الحلية التكاليفية ، وحيث لم يكن موهم لحرمة البيع تكليفاً حتى اذا كان فاسداً ليصح التصريح بحليته ، فالتزيم بتعلقه بالتصرفات واقعاً ، وانما اسند الى البيع لفظاً من باب المجاز في الاسناد لأن البيع سبب لها ، أو من باب الإضمار والمجاز في الحذف فاستند في الاستدلال بالآلية على صحة البيع على الدلالة الالتزامية ، فان جواز جميع التصرفات مستلزم شرعاً لثبوت الملك وصحة البيع . ثم وقع في الاشكال من حيث أن جواز التصرفات تكليفاً لازم أعم للملك ، ولذا قالوا بثبوت الملك ، ولم يتخلص من الاشكال .

ونقول : يمكننا تقريب الاستدلال بالآلية بوجهين ، وان كان ثانيهما تقريباً وتعمياً لكلام المصنف ، وهو خلاف الظاهر في نفسه :

(الأول) - ان الحل في اللغة في مقابل العقد والشد ، يقال : « حل محلول » في مقابل المعقود والمشدود ، وقد ذكر في كتاب أقرب الموارد : « حلّ العقدة من باب نصر نقضها وفتحها ، وحلّ المكان أو بالمكان من باب نصر وضرب حلاً وحلواً وحللاً نزل به ، وحلّ امر الله عليه (نض) حاولاً وجب ، وبهما قرىء « فيحلّ عليكم غضيبي » . ثم ذكر بعد ذلك : أحلّ الله الشيء جعله حللاً . ثم ذكر بعده : الحلال (وهو صفة مشبهة على وزن جبان) ما أباحه الله ، وسمي حللاً لانحلال عقدة الحظر عنه ضد الحرام ، والخارج من الإحرام » .

فما ذكره هذا اللغوي موافق لما استظهرناه ، وهو يجتمع مع كل من الحلية التكاليفية والوضعية بحسب اختلاف الموارد ، فاذا أسند في كلام الشارع الى الافعال

أو الموضوعات الخارجية يراد به الحلّ من حيث التكليف وعدم العقاب ، وإذا اسند الى الاعتبار العرفية يراد به - بمناسبة الحكم والموضوع - الصحة والنفوذ كما أن الحرمة أيضاً يراد بها الفساد إذا اسندت إليها . وعليه فالآية الشريفة بالمطابقة تدل على صحة البيع وإمضائه .

وأما ما ذكره شيخنا المحقق من كون « أحلّ » في الآية بمعنى (أقرّ) لأنه مأخوذ من الحل بمعنى الحلول ، فهو - وإن كان صحيحاً لغة كما عرفت ، فإن الحل يستعمل بمعنى الاستقرار والثبوت في مقابل الارتحال ، فتارة يتعدى بنفسه فيكون مصدره الحل يقال « حلّ المكان حلاً » أي استقر فيه ، وأخرى يستعمل لازماً فيتعدى بالباء أو لفظة « في » ، فيقال « حلّ بالمكان أو فيه » ، فيكون مصدره الحلول على مقتضى القاعدة ، وقد استعمل منه أحلّ كما في قوله سبحانه : « أحلّوا قومهم دار البوار » أي أقرهم فيها - إلا أن ظاهر أحلّ في الآية خصوصاً بملاحظة مقابلته مع « حرم الربا » هو الحل في قبالة العقد لا الثبوت والقرار ، وإلا لكان المناسب مقابلته بالإزالة ، فيقول : وأزال الربا . هذا مع أنه أريد به ذلك في أغلب موارد استعمال هذا اللفظ كقوله تعالى : « أحلّ لكم ليلة الصيام » وقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » وقوله تعالى : « لم تحرم ما أحلّ الله لك » الى غير ذلك . وقد ذكر في (أقرب الموارد) أن معنى أحلّ إذا اسند الى الشارع جعله حلالاً . وبالجمله فظاهر الآية المباركة الحلّ بمعنى الإمضاء ، فالمطابقة تدل على نفوذ البيع .

(الثاني) - ما يرجع الى تنعيم كلام المصنف وإن كان خلاف الظاهر في نفسه ويمكن تقريبه بوجهين :

« أحدهما » - التمسك بالدلالة الالتزامية العقلية ، بأن يقال : إن جواز جميع التصرفات مستلزم لثبوت الملك لأن بعضها يتوقف على الملك ، فن جوازه يستكشف

المملك شرعاً . ويرده أن جواز التصرف المتوقف على الملك يكشف عن الملك قبله آنأماً ، وأما من أول الأمر فلا كاشف عنه أصلاً . وأما ما نسبة (شيخنا المحقق) إلى (الآخوند) في حاشيته في تقريب حصول الملكية من أول الأمر بما حاصله : إن فعلية جواز جميع التصرفات من حين العقد تستلزم فعلية الملك ، فإنه يجوز لهذا الشخص أن يتصرف في هذا المال فعلاً على الفرض ، وكل من جاز له التصرف فهو مالك فعلاً ، فهذا مالك فعلاً . (ففيه) أن جواز التصرف من حين تحقق العقد - وإن كان فعلياً - إلا أنه لا يستلزم فعلية الملك ، لأن متعلقه هو التصرف المستلزم لحصول الملك قبله آنأماً ، فرجعه إلى أنه يجوز له فعلاً أن يملك فيتصرف وهذا الجواز غير مستلزم لفعلية الملك كما لا يخفى .

ثم انه ربما يقال : بأنه لا يستفاد من الآية المباركة جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، بدعوى أن موضوع جواز التصرف هو الملك ، والحكم لا يثبت موضوعه ، بل ربما يدعى أن دليل توقف الوطء مثلاً على الملك يقتضي حصر جواز التصرف المستفاد من الآية بغير التوقف على الملك ، ولكنه يندفع (أولاً) بأنه بعد ما استظهر من الآية اباحة التصرفات المترتبة على البيع لا نشك في أن أظهر مصاديقها عرفاً هو التصرفات المتوقفة على الملك ، فان العقلاء يرتبون على البيع من التصرفات ما لا يرتبونه على غير البيع من الإباحة ونحوها ، كما في موارد الضيافة وتقديم الطعام الى الغير ، وهذا أمر ظاهر . (وثانياً) إن الحكم وإن كان لا يثبت موضوعه خارجاً وأما كشفه عن وجوده فلا مانع منه كما في المقام ، وعليه فتكون الآية كاشفة عن تحقق الملك ، فلا يعقل كون دليل التوقف مخصصاً للحكم المستفاد منها .

« ثانيهما » - التمسك بالدلالة الالتزامية العرفية ، فان الحكم بجواز التصرف في الثمن أو المثلثن تكليفاً ظاهر عرفاً في امضاء البيع ، كما أن المنع عن التصرف فيه

قوله (ره) : وجه التمسك بقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض... الخ (١).

قوله (ره) واما قوله (ع) الناس مسلطون على اموالهم الخ (١)

ظاهر عرفاً في فساده ، كما استظهرنا ذلك من قوله عليه السلام : « ثمن العذرة سحت » . والسري في ذلك أن إباحة التصرف إذا كانت بعنوان الملكية ومترتبة على الملك فهي عبارة أخرى عن إمضاء الملك ، ولا يقاس هذه بإباحة التصرف لا بذلك العنوان ، وقد رتب حل التصرف في الآية الكريمة على البيع ، فظهوره في الإمضاء عرفاً غير قابل للانكار .

(١) تقريب الاستدلال به على نحوين كما عرفت في الآية المتقدمة ، لأن الأكل في الآية كناية عن التملك لا الأكل الخارجى ، فنهى سبحانه عن تملك الأموال بالأسباب الباطلة إلا أن تكون تجارة عن تراض ، فيجوز التملك بها ، فحينئذ إن قلنا بأن الجواز اذا استند الى الاعتبار العرفية يراد به الصحة فتدل الآية بالمطابقة على صحة ذلك . وإن قلنا بأنه ظاهر في الجواز التكليفي فبالدلالة الالتزامية العرفية تدل عليها على ما عرفت في الآية السابقة ،

ثم لا يخفى أن ما حكى عن الغنية من دعوى الإجماع على أن المعاظة ليست بيعاً فهو مكابرة للوجدان ، فان القائل بعدم افادتها الملك أيضاً لا ينفي صدق البيع عليها عرفاً . ومن هنا حمل كلامه على نفي الصحة أو لزوم .

(٢) هذه الرواية ضعيفة السند والدلالة : أما من حيث السند فلأنها نبوية محكية في البحار ولم تنقل في الاصول المعتمدة ، ودعوى انجباره بعمل المشهور واهية لعدم احراز استناد المشهور اليها وان ذكروها في مقام الاستدلال على انابيتنا في بعض مباحث الاصول أن مجرد عمل المشهور لا يكون جابراً لضعف الرواية ما لم يرجع الى توثيق روايتها ، وإذا رجع الى ذلك يكفي عمل بعضهم أيضاً .

قوله (قدّه) : « مستلزم لتأسيس قواعد جديدة » - الخ . (١)

وأما من حيث الدلالة فلأن محتملاته ثلاثة :

(الأول) - أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك على ماله حتى من حيث أن الناس مسيطون على أموالهم ، ولو بنقل أموالهم بكل سبب من أسباب النقل ولو كان مجعولاً من المتبايعين ، فيعم ما إذا تبأن شخصان على انتقال مال كل منهما إلى الآخر إذا دخلا المكان الفلاني مثلاً ، فيكون نافذاً بعموم النبوي .

(الثاني) - أن يكون ناظراً إلى السلطنة من حيث أنواع التصرفات ، فإذا شك في جواز بعض التصرفات من أكل أو شرب أو إيجار شيء مثلاً يلزم بجوازه بمقتضى النبوي ، وهذا الاحتمال مختار المصنف « قدّه » .

(الثالث) - أن يكون ناظراً إلى سلطنة المالك من جهة إضافة المال إليه في مقابل الحجر لا من حيث سائر الأحكام الشرعية التي لا ربط لها بجيئة إضافة المال إلى مالكة ، ففاد النبوي أن سلطنة الناس على أموالهم من حيث إضافتها اليهم تامة فلا تتوقف تصرفاتهم المشروعة النافذة على إذن الغير وإجازته . وعليه فكلما احتملنا دخل إجازة الغير في صحة عقد بعد ثبوت جوازه تكليفاً ووضعاً - كما احتملوا اعتبار إذن الزوج في هبة الزوجة أموال نفسها إلى الغير - يدفع ذلك بالنبوي .

والظاهر من الاحتمالات هو الأخير دون الاحتمالين الأولين ، ومن هنا لم يتمسك به أحد على جواز أكل ما يشك في حليته من أجزاء الحيوان المملوك ، ولا على حلية أكل لحم الأرنب المملوك مثلاً . وسر ذلك ما بيناه من عدم كون النبوي ناظراً إلى الأحكام الشرعية التي يشك فيها من غير جهة إضافة المال إلى مالكة ، فالنبوي أجنبي عما نحن فيه ، فالاستدلال إنما يكون بالوجوه الثلاثة المتقدمة .

(١) لو تنزلنا عما بيناه من الاستدلال على افادة المعاطاة الملك من حين حدوثها بالسيرة والآيتين فهل يمكن اثبات ذلك بما حكاه المصنف عن كاشف الغطاء

قوله (قدّه) : « منها أن العقود » - الخ (١) .

من الاستبعادات ، بأن يقال بعد الفراغ عن بطلان القول بفساد المعاطاة رأساً وعدم ترتب الأثر عليه أصلاً حتى الإباحة المجردة عن الملك : ان امرها يدور بين إفادة الملك من أول الأمر او اباحة التصرف ، فاذا كان الثاني مستلزماً لتأسيس قواعد جديدة لم تكن مؤسسة في الشريعة المقدسة تعين الأول ، وسنبين توضيح ذلك انشاء الله تعالى .

(١) هذا هو الوجه الأول من وجوه الاستبعاد ، وحاصله : ان ترتب الإباحة على المعاطاة مستلزم لوقوع مالم يقصد وعدم وقوع ما قصد ، وهو مناف للقاعدة المسلمة - أعني تبعية العقود للقصد .
وقد أجاب عنه المصنف حلاً ونقضاً :

أما الحل فحاصله : ان المعاطاة عند القائل بالإباحة المجردة ليست من العقود الممضاة شرعاً ، ليكون الحكم بصحتها مع عدم ترتب الأثر المقصود عليها مستحيلاً ، بل هي معاملة فعلية لم يدل على صحتها دليل ، وانما حكم فيها بالإباحة بدليل خاص دل عليها .

وأما النقض فنذكر فيه موارد قد زعم تخلف العقد فيها عن قصد المتعاقدين فليس ذلك أمراً مستنكراً في الشريعة :

(أحدها) - العقد الفاسد ، فان العلماء أطبقوا على كونه مؤثراً في الضمان بالمثل أو القيمة السوقية فيما اذا كان مما يضمن بصحيحه ، وعلوه بأن المتعاقدين أقدموا على الضمان مع أنها لم يقصدا إلا الضمان بالمسمى ، فتخلف المقصود عما وقع .
(ثانيها) - الشرط الفاسد بناءً على عدم كونه مفسداً ، فان المعاملة حينئذ لم تقصد إلا مقرونة به ووقعت مجردة عنه .

(ثالثها) - بيع ما يملك وما لا يملك كبيع الشاة والخنزير ، أو بيع مال نفسه

ومال غيره مع عدم إجازة مالكه ، فانه صحيح في خصوص المملوك مع أن ما قصد إنما هو بيع المجموع .

(رابعها) - بيع الغاصب لنفسه ، فانه يقع للمالك اذا أجاز .

(خامسها) - ترك ذكر الأجل في عقد النكاح نسياناً اذا كان المقصود به الانقطاع ، فانه ينقلب دائماً .

ونقول : أما ما ذكره في الحل فالأولى تتميمه بأن يقال : إن القائل بالاباحة ان أراد ترتبها الى الأبد فما أفاده في ذلك متين جداً ، لأن الواقع حينئذ ليست اباحة مالكية مستندة الى صحة العقد وانما هي اباحة شرعية ثابتة بدليل خاص .

وإن أراد ثبوتها الى زمان التصرف المتوقف على الملك فيثبت الملك قبله آنأما ، فيكون المقصود ، وهو الملك واقعاً ولم يقع غيره ، غاية الأمر تأخر امضاؤه شرطاً لاشرطاً بالتصرف كاشتراط الملك بالقبض في بيع الصرف . والفرق بين الموردين ان التصرف في بيع الصرف غير جائز قبل القبض ، وفيما نحن فيه ثبتت الاباحة الشرعية قبل التصرف . ولاينافي ذلك تبعية العقود للمقصود لأن التخلف انما يكون بحصول خلاف المقصود بعد إمضاء المعاملة .

وأما النقوض فشيء منها غير وارد :

(أما الأول) فلأن الاقدام ليس من موجبات الضمان ليلزم التخلف ، ولذا لا يثبت الضمان في نفس الفرض اذا كان التلف في يد المالك ، وانما الموجب له اليد اذا لم تكن مجانية ، كما في الإجارة والعارية والوديعة ونحو ذلك ، لقوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » . وأما ذكر الاقدام في المسالك فليس للاستدلال به مستقلاً وإنما هو تتميم الاستدلال باليد وبيان عدم كونها مجانية .

(وأما الثاني) فبرده أن الشرط إن رجع الى العقد بحيث قصد تعليقه عليه فهو مفسد للعقد - سواء كان فاسداً أو لم يكن - لأن التعليق في العقد والايقاع

موجب للفساد إلا في الوصية والتدبير بلاخلاف وفي موارد اخر على كلام فيها ، وان لم يرجع الى العقد فالعقد مطلق بالاضافة اليه ولم يقصد اقترانه به ، وانما يكون الوفاء والالتزام بالعقد مشروطاً به ، فان كان الشرط صحيحاً موافقاً للكتاب يجب الوفاء به بمقتضى النصوص وتحلفه يوجب الخيار ، وان كان فاسداً فالوفاء به غير واجب قطعاً ، لما ورد من أن شرط الله أسبق ، فيخصص عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » بما اذا لم يخالف الكتاب والسنة . وأما استلزام تحلفه الخيار ففيه كلام ، واختار ذلك على ما سيأتي توضيحه لإنشاء الله تعالى .

(وأما الثالث) فالجواب عنه أن البيع المتعلق بما يملك وما لا يملك منحل الى بيعين قد انشأنا بانشاء واحد ، فاذا قال البائع : « بعثك الشاة والخنزير بعشرين » فكأنه قال : « بعثك الشاة بعشرة والخنزير بعشرة » فيما اذا كانت قيمتهما متساوية فصحة البيع في أحدهما وفساده في الآخر لا يوجب تحلف ما قصد عما وقع ، وانما يوجب تحلف الانضمام الذي هو شرط ضمني ، فيثبت خيار تبعض الصفقة .

(وأما الرابع) فبرده أن تعيين المالك في البيع ليس من أركانه لأنه تبديل بين المالكين ، ومن هنا لا يكون السؤال عن المالك متعارفاً في مقام البيع والشراء . نعم لتعيين الطرفين دخل في النكاح كما هو واضح . وعليه فقصد الغاصب البيع لنفسه يكون قصداً أجنياً عن البيع ، فكيف يوجب تحلفه تحلف العقد عن القصد . (وأما الخامس) فترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع يتصور

على وجهين :

« احدهما » - أن ينسى قصد الانقطاع حين العقد فيقصد به الدوام . وفي هذا القسم يتحقق النكاح الدائم ولا يلزم منه تحلف العقد عن القصد لتعلقه حين العقد بالدوام ، وانما كان من قصد المتعاقدين الانقطاع قبل ذلك فإسياه . ونظيره ما اذا خرج أحد من داره قاصداً شراء اللبن فاذا وصل الى السوق نسي فاشترى

قوله (قده) : « منها أن يكون ارادة التصرف من المملكات » (١) .
قوله (قده) : « ومنها ان الأخماس » (٢) ،

جنباً فهل يمكن في مثله القول بأن ما وقع لم يقصد وأن ما قصد لم يقع وعلى هذا القسم تحمل الأخبار وما في كلمات بعض الفقهاء من انقلاب العقد دائماً .
« ثانيهما » - أن يقصد الانقطاع حتى حين العقد ويتعلق به الاعتبار ، غاية الأمر وقع الاشتباه في اللفظ فقط فلم يذكر الأجل . وفي هذا الفرض لا مناص من القول بالبطلان ، لأن ما اعتبر لم ينشأ وما أبرز لم يكن معتبراً .

(١) اجاب عنه « قده » بما حاصله : نفي البعد عن ذلك إذا اقتضاه الدليل أو ضم دليل إلى آخر ، فان الجمع بين دليل جواز مطلق التصرفات وبين ما دل على توقف جملة منها على الملك يقتضي حصول الملك ، فاذا انضم اليهما استصحاب عدم تحققه إلى زمان التصرف ثبت كون التصرف موجباً له . ونظيره تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه بما يتوقف على الملك . وبهذا ظهر الحال في ملكية التلف ، فانه كاشف عن ثبوت الملك قبله آناً ما على ما يقتضيه الجمع بين الأدلة - أعني الاستصحاب والاجماع على ثبوت الضمان بالمسمى عند التلف لا المثل أو القيمة . فاذاً لا وجه لقوله قدس سره في التلف القهري : « ان ملك التالف » - الخ .

(٢) ما ذكره المصنف في الجواب عن تعلق الأخماس والزكوات والاستطاعة ووجوب النفقات إلى آخرها بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله في ملكه اما وجداناً واما تعبداً بأصالة عدم التصرف فيه غير خصال عن التشويش . والذي ينبغي أن يقال : إن بعض تلك الأمور غير متوقفة على الملك ، كوجوب الانفاق فانه متوقف على ملك التصرف ، ولذا يجبر على الانفاق بمجرد ذلك وان لم يملك العين وهكذا اداء العين وكذلك الاستطاعة ، فانها قد تحصل بالبذل وقد تحصل بالملك وقد تحصل بإباحة التصرف .

وأما المقاسمة فالمراد بها حق التقسيم ، فان كل شريك له لإفراز ماله عن مال صاحبه إذا كان مشاعاً ، وإذا امتنع يجبر على الإفراز ، فان كان المال بنفسه قابلاً للقسمة يقسم وان لم يكن قابلاً للتقسيم لاستلزامه نقصاً في قيمته كما في الجواهر الثمينة أو اعدامها كما في الكوز فيباع ويقسم ثمنه ، وقد استبعد « قده » ثبوت هذا الحق للمعطى له فيما اذا باع الشريك حصته منه بالمعاطاة ، مع انه ليس مالكاً ولا شريكاً في المال على القول بإباحة التصرف . والجواب عنه ان حق التقسيم غير متوقف على الملك ، بل يثبت بإباحة التصرف ايضاً ، فانه من جملة التصرفات .

وأما حق الشفعة فاستبعد « قده » ثبوته فيما اذا باع أحد الشريكين حصته بالمعاطاة لعدم تبدل في المالك أصلاً ، وإنما ابيح التصرف بسبب المعاطاة كما قد يباح بالأذن ، وهكذا يستبعد ثبوته للمعطى له فيما اذا باع الشريك الآخر حصته من شخص آخر مع عدم كونه مالكاً ولا شريكاً . والجواب عن ذلك انه اذا قامت السيرة على ثبوت الشفعة في المعاطاة فهي المرجع والمستند بتبدل المالك أو لم يتبدل ، والا فلا نقول بها .

وأما الربا فهو إنما يوجب الفساد في البيع لاعتبار أن يكون مثلاً بمثل ، واما الزيادة في إباحة التصرف فلم يقل أحد بكونها مفسداً ، كما اذا أباح أحد للآخر التصرف في (من) من الحنطة والآخر أباح له التصرف في (منين) ، فان ذلك لا يكون فاسداً ، ولذا استبعد ثبوته في المعاطاة في فرض عدم إفادتها سوى إباحة التصرف . والجواب عنه أن الفساد في المقام ليس من جهة كون الزيادة فيما يباح فيه التصرف رباً ، وإنما هو من جهة أن مورد الكلام في المعاطاة التي قامت السيرة على ثبوت الإباحة فيها هي المعاطاة الجامعة لجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى اللفظ فلا يعم المعاطاة الفاسدة من سائر الجهات ، كما اذا كان أحد المتعاطين مجنوناً أو سفياً أو صغيراً أو كان البيع غريباً . ومن الظاهر ان الربا في البيع موجب لفساده

قوله (ره): «وأما حصوله في يد الغاصب . . .» (١).

فاذا ثبت في المعاطاة تفسد من جهة عدم اشتغالها على ما يعتبر في صحة البيع .
وأما الغنى فهو عبارة عن القدرة على إمرار المعاش بأي نحو كان ولو بإعالة الغير إياه ، ويقابله الفقر كما هو واضح ، وأما الخمس فإن قام على تعلقه بالمأخوذ بالمعاطاة دليل من سيرة المتشرعة على تفسيق تاركه أو غير ذلك نقول به وإلا فلا نقول بوجوده في ذلك .

ثم الظاهر أن مراد كاشف الغطاء من مورد تعلق الخمس ما اذا اشترى أحد ما يساوي ألف درهم مثلاً بعشرة دراهم فبقي عنده إلى آخر السنة ولم يحتج إلى صرفه في مؤنة سنته لاستغنائه عنه فيجب عليه إخراج خمسة مع عدم كونه ملكاً له .
وليس المراد ما زعمه (شيخنا المحقق) في حاشيته من فرض التكبس بالمعاطاة مراراً عديدة إلى آخر السنة ووجوب الخمس فيما زاد له من ربحها ، فأشكلك عليه بكونه مسبقاً بالتكبس والتصرف في المال ، وهو للملك .

وأما الزكاة فإن كان المأخوذ بالمعاطاة بمقدار النصاب وكان مالكة مكلفاً بها فتعلقها بالمال ثابت بغير إشكال ، غاية الأمر يكون هناك بحث علمي في أن المكلف بالإنخراج هو المالك أو المعطى له ؟ وأما إذا لم يكن ما أخذه بالمعاطاة بنفسه بحد النصاب وإنما بلغ الحد بضمه إلى ما كان يملكه قبل ذلك أو كان في نفسه بحد النصاب ولكن لم يكن مالكة مكلفاً بالزكاة لصغر أو جنون وقد أخذه من وليه ، فحينئذ إن لم يقدّم دليل على وجوب الزكاة فيه فلا نقول به ، والا فهو المرجع في ذلك .

وبما ذكرناه ظهر الجواب عن سائر الأمور المذكورة في المقام .

(١) الظاهر أنه يجوز مطالبة العين من الغاصب لكل من المالك والمعطى له قبل التلف ، أما المالك فلكونه مالكاً ، وأما المعطى له فلكونه مأذوناً في التصرف

قوله (ره) : « ومنها أن النماء للحادث ... » (١) .

قوله (ره) : « أوفقها بالقواعد هو الأول ... » (٢) .

والمطالبة من التصرف . وأما بعد التلف فيضمن الغاصب للمعطى له فقط لدخول العين في ملكه قبل التلف آنأما ، إذ لا فرق في ذلك بين أن يكون التلف في يد المعطى له أو يد غيره .

(١) نقول : إن ثبت دليل من سيرة أو غيرها على انتقال الفرع أو مع أصله إلى ملك المعطى له بحدوث النماء فنلتزم به ، ويكون حدوث النماء كالنصرف والتلف وإلا فالنماء بحكم الأصل من حيث جواز التصرف فيه إن قام على تبعيته دليل ، وإلا فلا يجوز تصرف المعطى له في النماء . هذا كله بناءً على ما يظهر من كلام المصنف « قد » من عدم استناد الملك إلى المعاطاة أصلاً ، وأما بناءً على إفادته الملك بعد التصرف أو بعد التلف مثلاً بنحو الشرط المتأخر لتوهم قيام الإجماع على عدم الملك من أول الأمر ، فاندفاع كثير مما ذكره بعض الأساطين في غاية الوضوح . وعليه فلا مانع من الالتزام بملكية النماء وأصله من أول حدوثه ، إذ لا بد من الاقتصار في الخروج على القدر المثيق ، وهو صورة عدم حدوث النماء ، وأما فرض حدوثه فيبقى تحت العام . فالانصاف أن شيئاً من المذكورات لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة ليلزم القرار منه الالتزام بثبوت الملك في المعاطاة من أول الأمر ، إلا أن في الوجوه الثلاثة المقدمة كفاية في ثبوت المطلوب .

(٢) هذا هو المقام الثاني الذي لا بد من التكلم فيه ، وهو لزوم الملك الثابت بالمعاطاة ، وتفصيل الكلام في ذلك هو أن العقود بعضها جائزة تنحل بالفسخ ، كعقد الوكالة والوديعة والعارية ونحو ذلك ، وبعضها لازمة لا تنحل بذلك كالبيع والإجارة ، فإذا شككنا في جواز عقد وانفساخ نتيجه بفسخ أحد المتعاقدين وعدمه فالمعروف أن الأصل يقتضي لزومه وبقاء نتيجة العقد .

هذا ، ومع قطع النظر عما اخترناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية يقع البحث في هذا الاستصحاب من جهات : « الاولى » - في أن الاستصحاب في المقام شخصي او كلي . « الثانية » - في انه لو كان كلياً فهل يكون جازياً او غير جار . « الثالثة » - في بيان ما هو الوظيفة اذا شككنا في ذلك . وجميع الجهات الثلاث مستفادة من كلام المصنف - قدس سره - مع اختصاره :

(اما الجهة الاولى) فالظاهر ان الاستصحاب شخصي ، لأن اللزوم والجواز ليسا من الخصوصيات المصنفة للملك ليقال : إن الحادث إنما هو الملك المشترك بين الجائز واللازم . وانما الملك سنخ واحد ، وهما من احكامه المترتبة عليه بحسب اختلاف الموارد ، كالهبة الى الرحم وإلى الأجنبي اذا لم يقصد بها القرابة ، او اختلاف الأسباب كالتملك بالهبة او بالصلح ، مع ان المنشأ في جميع الموارد شيء واحد وهو الملك الدائم . والشاهد على ذلك ما ذكره بقوله قدس سره : « ويدل عليه... الخ » . وحاصله : ان اللزوم والجواز لو كانا من الخصوصيات فتخصيص الطبيعي باحدى الخصوصيتين إن كان باعتبار المالك لزم التفصيل بين الموارد بقصد المالك الجواز او اللزوم ، وهو بديهي البطلان ، مع ما عرفت من انه في جميع الموارد على نهج واحد ، وإن كان بامضاء الشارع لزم تخلف ما وقع عما قصد ، وهذا متين جداً .

بل التحقيق ان يقال : إن القسم الثاني من الاستصحاب الكلي متقوم بكون الحادث مردداً بين حقيقتين شخصيتين او نوعيتين ، او غيرهما يكون اثر احدهما البقاء واثر الاخرى الارتفاع ، واما مجرد الشك في البقاء فهو مما يتقوم به اصل جريان الاستصحاب ، فورد الاستصحاب الكلي ما اذا علمنا مثلاً بدخول انسان في الدار مردداً بين كونه زبداً وقد خرج وكونه عمراً فهو باق او يحتمل بقاؤه ، او علمنا بنجاسة الثوب وترددت بين الناشئة عن الملاقاة مع البول التي تبقى بعد

قوله (ره) : « كفاية تحقق القدر المشترك ... » (١).

الغسل مرة واحدة والناشئة عن ملاقات الدم التي تزول بذلك ، او علمنا بالحدث المردد بين الأكبر والأصغر . واما اذا لم يكن الحادث مردداً بين حقيقتين - كما اذا علمنا بأن النجاسة حادثة بسبب الملاقات مع الميتة ولكن شككنا في بقائها بعد الغسل مرة واحدة للشك في كونها ملهقة بالنجاسة البولية او ملهقة بالنجاسة الدموية - فليس من موارد الاستصحاب الكلي ، فان الشك في البقاء غير التردد ، بل لا بد وان يستصحب شخص النجاسة المتيقنة ، فيكون الاستصحاب شخصياً . وما نحن فيه من هذا القبيل ، فان المفروض ان الملك حادث بالمعاطاة ، ولا ترد في حقيقته ، وانما الشك في ان المعاطاة جائزة كالهبة او لازمة كالبيع اللفظي فلا محالة يستصحب بقاء شخص الملك . نعم اذا شككنا في كون العقد الواقع صلحاً لازماً او هبة جائزة كان الحادث مردداً بين حقيقتين ، وكان من موارد جريان الاستصحاب الكلي .

(١) هذه هي الجهة الثانية وظاهر المصنف جريان استصحاب بقاء الملك ولو فرض كون اللزوم والجواز من الخصوصيات وكان الاستصحاب كلياً . واشكل عليه المحقق الخراساني في حاشيته بأن الشك في البقاء حينئذ من الشك في المقتضي ، وهو « قد » يرى عدم جريان الاستصحاب فيه (وفيه) ان ما اراده - قدس سره - من الشك في المقتضي على ما يظهر من مجموع كلماته ان يكون احتمال ارتفاع الحادث مجرد مرور الزمان مع قطع النظر عن حدوث اي زمني في العالم ، كالشك في ارتفاع علة الزوجية في النكاح المردد بين الانقطاع والدوام ، او انقضاء مدة الإجارة من جهة الشك في مقدارها المحمول في العقد او نحو ذلك ، والا فلن كان احتمال الارتفاع مستنداً الى حدوث زمني آخر فهو من الشك في الرفع ، والمقام من هذا القبيل ، فان احتمال ارتفاع الملك انما هو من جهة احتمال رافعية الفسخ له كما هو ظاهر .

قوله (ره) : « مع انه يكفي الاستصحاب ... » (١).

نعم أورد على الاستصحاب الكلي إيرادان نتعرض لهما مقدمة لبيان عبارة المصنف - قدس سره - في الجهة الثالثة كما ستعرف :

(أحدهما) - عدم اتحاد القضية المتينة والمشكوك فيها ، فان ما يحتمل بقاؤه وإنما هو الفرد الطويل ولم يتعلق المتيقن بحدوثه وإنما يتعلق بالفرد المردد ، فتعلق اليقين والشك أمران . وفيه ان اليقين لم يتعلق بشيء من الخصوصيتين وإنما يتعلق بنفس الكلي ، ولذا ينفي المتيقن تعلق علمه بتحقيق كل من الخصوصيتين ، بل يرى بالوجدان أنه شك في ذلك . ومن الظاهر أن المتيقن غير المشكوك فيه ، كما أن الشك أيضاً متعلق ببقاء الجامع .

(الثاني) - أن الشك في بقاء الكلي مسبب عن الشك في حدوث الفرد الطويل فاستصحاب عدم حدوثه حاكم عليه . وفيه أن الشك ليس في حدوث الفرد الطويل ليستصحب عدمه ، وإنما الشك في أن الحادث أي شيء هو ؟ ومن الواضح ان استصحاب عدم كونه من الفرد الطويل أزلاً معارض باستصحاب عدم كونه من القصير كذلك ، وتفصيل الكلام في ذلك موكول الى محله . وعليه فالقسم الثاني من الاستصحاب الكلي يكون جارياً مع قطع النظر عما ذكرناه من الإشكال في استصحاب الأحكام الكلية مطلقاً ، فلا مانع من الرجوع اليه في المقام .

(١) هذه هي الجهة الثالثة من الكلام ، وهي فيما اذا لم نحز كون استصحاب بقاء الملك من الاستصحاب الشخصي أو الكلي وشككنا في ذلك بعد البناء على عدم جريان الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين المتقدمين ، وقد ظهر الحال فيها بما بيناه فان المنع عن جريان الاستصحاب الكلي إن كان مستنداً الى الوجه الأول فالاستصحاب غير جار اذا لم يمكننا احراز كون الاستصحاب شخصياً ، لأن التمسك بحديث « لا تنقض اليقين بالشك » حينئذ من قبيل التمسك بالعام في الشبهة

المصدقية . وان كان المستند هو الوجه الثاني - أعني وجود الأصل الحاكم - فاستصحاب بقاء الكلي جارٍ في القرض ، لعدم الأصل الحاكم فيه ، والحكومة الظاهرية متقومة بالوصول ، ولا يكفي وجوده الواقعي في رفع اليد عن الأصل المحكوم وبعبارة واضحة : اذا كان منشأ المنع عن جريان الاستصحاب الكلي الوجه الأول فالشك يكون في المقام في تحقق موضوع الاستصحاب فلا يجري ، وان كان هو الوجه الثاني فالشك يكون في المانع ، وهو في حكم العدم . والى هذا الوجه نظر المصنف بقوله : « مع انه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك » الى آخر ما افاد .

والحاصل أنه بعد البناء على المنع عن الاستصحاب الكلي لأحد الوجهين من عدم إحراز اتحاد القضيتين وحكومة أصالة عدم حدوث الفرد الطويل ذهب المصنف الى جريان الاستصحاب فيما اذا شك في كونه شخصياً او كلياً ، حيث قال : « مع انه يكفي في الاستصحاب الشك » - الخ . وقد ذكرنا أنه ناظر الى ثاني الوجهين حيث أن الحكومة الظاهرية متقومة بالوصول وفي فرض الشك ليس الأصل الحاكم محرزاً لينع الرجوع الى المحكوم .

هذا وقد وجه المحقق النائيني « ره » بأنه لما لا يجوز التمسك بالعام في الشبهة المصدقية فيما إذا كان المخصص المنفصل لفظياً ، وأما اذا كان عقلياً فلا مانع من الرجوع اليه وفي المقام لم يرد مخصص لفظي دال على خروج الاستصحاب الكلي عن قوله عليه السلام : « لا تنقض اليقين بالشك » ، وانما العقل خصصه بذلك لأحد الوجوه المذكورة ، فاذا شك في كون الاستصحاب كلياً او شخصياً يرجع الى اطلاق « لا تنقض اليقين بالشك » .

وفيه بعد تسليم ما افاده من الرجوع الى العام في الشبهة المصدقية إذا كان المخصص ليلاً - وان كان لنا كلام في ذلك تعرضنا له في بحث العام والخاص -

قوله (ره) : (قلا اشكال في أصالة اللزوم...) (١) .
قوله (ره) : (نعم لو تداعيا احتمل التحالف ...) (٢) .

انه انما يصح ذلك فيما اذا كان المشتبه داخلاً في موضوع العام ذاتاً ، والا فلامعنى للرجوع الى العام أصلاً . مثلاً : اذا ورد لعن بني أمية قاطبة واستقل العقل بقبح لعن المؤمن منهم فعلمنا أن المراد من العام غير المؤمن من بني أمية ثم شككنا في كون زيد مؤمناً جاز لعنه بمقتضى العموم ، إلا أنه اذا شك في كونه من بني أمية او من غيرهم لا معنى للحكم بجواز لعنه تمسكاً بالعام . وما نحن فيه من هذا القبيل فان موضوع دليل الاستصحاب انما هو عنوان نقض اليقين بالشك ، وهو متقوم باتحاد المتيقن مع المشكوك فيه ليكون رفع اليد عن اليقين السابق مصداقاً لنقض اليقين بالشك ، فاذا لم يحرز ذلك لا محالة يشك في تحقق موضوع الاستصحاب ، فلا ربط له بالتمسك بالعام في الشبهة المصداقية . فالصحيح ما ذكرناه من ان المصنف ناظر في كلامه الى الوجه الثاني ، فانه هو المهم في المنع عن جريان الاستصحاب الكلي دون الوجه الأول ، فانه واضح الدفع على ما بين في محله .

وقد تلخص مما تقدم ان استصحاب بقاء الملك جار إما لكونه شخصياً ، وإما لجريان الاستصحاب الكلي ، وإما لكفاية الشك في ذلك .

(١) بناء على المختار من جريان اصالة اللزوم عند الشك في بقاء الملك يكون مدعى اللزوم منكراً لموافقة قوله الأصل ، ومدعى الجواز مدعياً لأنه الذي اذترك ترك ، وهذا واضح .

(٢) كأنه - قدس سره - اراد ان يفرق بين ما اذا كان مصب الدعوى نفس اللزوم والجواز وما اذا كان مصبها ملزوم ذلك كما اذا ادعى احد المترافعين ان التمليك كان بالصلح وقال الآخر انه كان بالهبة فهو جائز ، فأدخل الفرض الثاني في باب التداعي ، لأن الأصل يقتضي عدم تحقق كلا الأمرين وبالمعارضة يسقطان إلا ان الظاهر لحوقه بالفرض الأول .

قوله (ره) : عموم قولهم « الناس مسلطون » (١) .

(اما أولاً) فلأن الميزان في تعيين المدعي والمنكر إنما هو بموافقة الأصل ومخالفته مع أحد المترافين فيما له دخل بمورد النزاع لا في مصب الدعوى مطلقاً وان كان اجنبياً عن ذلك . وفي المقام مورد النزاع هو اللزوم والجواز ، واما السبب فلا اثر له في ذلك ، وقد عرفت موافقة الأصل في ذلك للقائل باللزوم . (وثانياً) - أن الأصل من حيث مصب الدعوى أيضاً مع مدعى اللزوم وذلك لأن استصحاب عدم تحقق الصلح مثلاً غير جار في نفسه ، لعدم ترتب أثر عليه في فرض تحقق الملك الا باعتبار مثبتته وهو تحقق الهبة ، فان أثر عدم تحقق الصلح إنما هو عدم ثبوت الملك اللازم لا جواز الرجوع بعد فرض تحقق الملك كما هو المفروض . وهذا بخلاف أصالة عدم تحقق الهبة ، فانه يترتب عليه اللزوم ، لأن جواز الرجوع إنما ترتب على عنوان الهبة ، فينتفي بانتفائه فيجري بلا معارض .

ثم إن المصنف حكى عن بعض من ينكر استصحاب الملك الرجوع الى أصالة بقاء علة المالك الأول في المال . ولعله لم يجب عن ذلك لوضوحه ، فانه إن اريد بالعلقة العلة الملكية فهي مرتفعة قطعاً ، وان اريد بها حق الرجوع فهو أمر مغاير للملك ، ولم يكن ثبوته متيقناً ليستصحب إلا أن يستصحب كلي العلة ، وهو من القسم الثالث من استصحاب الكلي الذي لم يقل بجريانه أحد فيما نعلم .

(١) هذا هو الوجه الثاني مما استدلّ به على أصالة اللزوم . وقد تعرض المصنف في المقام لدفع توهم ، وهو أن غاية ما يستفاد من الحديث سلطنة كل انسان على ماله لا على مال غيره ، وبعد الرجوع لا يعلم كون المال ملكاً للمالك الثاني الا بالاستصحاب ، فيرجع الى الوجه الأول .

وحاصل الدفع أن المستدل إنما يستدل به لما قبل الرجوع ، فان إرجاع مال الغير بدون رضاه مناف لسلطنته المطلقة . وهذا الدفع - وإن كان متيناً - إلا أنه

قوله (ره) : جواز التمسك بقوله « لا يحل » (١) .
قوله : «ويمكن الاستدلال بقوله تعالى «ولا تأكلوا أموالكم» (٢)

مع ذلك لا يمكن التمسك بالحديث ، وذلك لما عرفت من كونه ناظرًا الى جهة سلطنة المالك وأنها تامة ، فيجوز له التصرفات التي ثبتت مشروعيته من دون توقف على اجازة الغير واذنه ما دامت السلطنة باقية ، فلا يستفاد منه السلطنة على إبقاء السلطنة أو إزالتها عن نفسه ، ولذا أشكل على من تمسك به لنفوذ الاعراض .
(١) هذا ثالث الوجوه . والتوهم المتقدم وجوابه جار فيه كما افاده المصنف ، الا أن الاستدلال به أيضاً غير تام ، لما ذكرناه من أن الحل لغة بمعنى الإرسال وفي مقابلة الحرمة التي هي بمعنى الضيق ، فاذا أسند الى الاعتبارات العرفية يستفاد منها الحكم الوضعي ، واذا أسند الى الأموال ونحوها يراد بهما الحكم التكليفي . وبما أن « لا يحل » في الحديث تعلق بالمال لا بد وأن يراد به الحكم التكليفي - أي عدم جواز التصرف في مال الغير بما يناسبه من أكل أو شرب أو لبس - واستظهار الحكم الوضعي منه مع ذلك كما ترى ، محتاج الى مؤونة زائدة على الإضمار أو المجاز في الإسناد الذي لا بد من الالتزام بأحدهما . وعليه فلا يعم الإنشاءات أصلاً ، لأن نفس الإنشاء واللفظ غير محرم قطعاً لعدم كونه تصرفاً في مال الغير ، والإمضاء ليس فعل المكلف فأى شيء يكون حراماً .

(٢) أما الاستدلال بذيل الآية - أعني المستثنى - فواضح ، سواء كان الاستثناء متصلاً كما هو الظاهر بأن يكون « بالباطل » علة أو كان منقطعاً وكان « بالباطل » قيداً ، فإن الأكل كما ذكرناه كناية عن الاستيلاء بعنوان التملك ، فلا يعم الأكل الخارجي في مورد الضيافة أو الإباحة ونحوها مما لا يكون الأكل بعنوان التملك ، فالمعنى حينئذ لا تملكوا أموال الناس إلا بالتجارة عن راض ، ومن الظاهر أن التملك بالرجوع ليس منها .

- قوله (ره) : « والتوهم المتقدم غير جار هنا » (١) .
 قوله (ره) : « بالجملة المستثنى منها » (٢) .
 قوله : وقد يستدل أيضاً بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » (٣)
 قوله : وكذلك قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » (٤)

(١) في بعض نسخ الكتاب سقط كلمة « غير » ، وعدم جريان التوهم المزبور واضح بعد كون الموضوع في الآية هو تملك مال الغير .

(٢) التمسك بصادر الآية مبني على أن يراد من الباطل الباطل العرفي ، وهو فاسد ، فإن الباطل كسائر الألفاظ موضوع للباطل الواقعي في قبال الحق الثابت ، فهو عبارة أخرى عن الإثم كما في قوله سبحانه : « لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالاثم » . واختلاف الشرع والعرف - كما في حق المارة والشفعة مثلاً - يكون من الاختلاف في المصاديق ، وعليه فإذا شك في مورد أنه من الباطل أو الحق - كما في الرجوع بعد المعاطاة - لا يمكن الرجوع الى عموم الآية إلا بعد إجراء الاستصحاب فيرجع الى الوجه الأول .

(٣) فإن الوفاء بمعنى الإنهاء والإتمام . فالوفاء بالعقد عبارة عن انتهائه وعدم فسخه ، والأمر به لا بد وأن يكون إرشاداً الى عدم نفوذ الفسخ والرجوع ، للقطع بعدم حرمة تكليفاً فيستفاد منه لزوم المعاطاة . وتوهم اعتبار اللفظ في صدق العقد واضح البطلان ، فإن العقد عبارة عن شد أحد الالتزامين وعقده بالآخر سواء كان هناك لفظ أو لم يكن ، فيعم المعاطاة .

(٤) الاستدلال به مبني على أن يكون الشرط بمعنى مطلق الالتزام ، وهو غير ظاهر ، فإن الشرط لا يطلق الا على الالتزام المربوط بشيء آخر من عقد وغيره ، ولذا ترى استهجان إطلاق الشرط على العقود مثل الهبة والبيع ونحوهما ، وعليه فلا يعم المعاطاة كما لا يعم الشروط الابتدائية ، فيكون خروجها عن عموم

قوله (ره): «مثل قوله «البيعان بالخيار» (١).
قوله (ره): «إلا أن الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع» (٢).

الخبر بالتخصيص لا التخصيص . هذا كله في الأخبار العامة .

(١) هذا هو دليل اللزوم في خصوص البيع ، وإنما اخرناه في الذكر لذلك وتقريب الاستدلال به ظاهر . وتوهم عدم صدق مفهوم البيع على المعاطاة فاسد جداً . ولذا حمل - ما حكى في الغنية من نفي البيع عن المعاطاة - على نفي الملك أو اللزوم . وقد ظهر مما مر أن الأصل في الملك مطلقاً هو اللزوم لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» وقوله تعالى : «أوفوا بالعقود» ، ويدل على ذلك في خصوص البيع قوله صلى الله عليه وآله وسلم : «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» - الحديث .

(٢) أما الشهرة فكانت - الى زمان المحقق «قده» - قائمة على عدم افادتها الملك أصلاً ثم ذهب المشهور الى افادتها الملك الجائر ، فهناك شهرتان ، إلا أنا قد بينا في بعض مباحث الأصول عدم حجية الشهرة والالم يكن وجه للعدول عن شهرة القدماء الى شهرة المتأخرين .

وأما الاجماع فتحصيله - على وجه يستكشف به رأي المعصوم عليه السلام جزماً - ممتنع ، وقد سلم المصنف عدم تحققه على وجه يوجب القطع ، إلا أنه «قده» ذكر أنه مظنون قوياً ، إلا أن الظن لا يغني من الحق شيئاً . وأما الاجماع المبني على قاعدة اللطف فهو - على تقدير تسليم تحققه - لا يمكن استكشاف رأي المعصوم به ، لما ذكرناه في محله من بطلان اساسه واما الاجماع المنقول فهو ثابت جزماً ولكنه غير معتبر ، مضافاً الى ان لازمه القول بعدم الملك ايضاً ، فالحق انها تفيد الملك اللازم ، لعموم الأدلة المتقدمة وعدم ثبوت مخصص لها .

قوله (ره) : « من اعتبر مطلق اللفظ ... » (١) .

قوله (ره) : « كان متعارفاً ... » (٢)

قوله (ره) : « وقد يظهر ذلك من غير واحد ... » (٣) .

(١) الظاهر وقوع الاشتباه في بيان كلام المسالك ، فان الاكتفاء بمطلق اللفظ في اللزوم او اعتبار لفظ مخصوص فيه اجنبي عما نحن فيه وعما حكاه المصنف عن المسالك ، وانما هي مسألة اخرى سنتعرض لها في محلها .

ولا بأس بنقل نص عبارة المسالك ، فانه قال عند شرح قول المحقق : « سواء كان في الحقيق او الخطير » ما نصه : ردّ على بعض العامة ، حيث اكنى بالمعاطاة في المختبرات واقامها فيه مقام البيع ، واختلفوا في تحديدها فقال بعضهم ما لم يبلغ نصاب السرقة ، واحالها آخرون على الغرف كرتل الخبز وغيره مما يعتاد فيه المعاطاة ، وهو تحكم ، والذي اختاره متأخرو الشافعية وجميع المالكية انعقاد البيع بكل ما دلّ على التراضي وعدّه الناس بيعاً ، وهو قريب من قول المفيد وشيخنا المتقدم ، وما احسنه وامتن دليله لان لم ينعتقد الاجماع على خلافه - انتهى -

(٢) من الواضح ان تعارف البيع اللفظي لا يقصر ما نحن بصددده من إفادة المعاطاة الملك اللازم .

(٣) إن كان المشار إليه بذلك اعتبار اللفظ في اللزوم - كما ذكره السيد في حاشيته - فلا بد من حمله على سهو القلم من المصنف ، لعدم ظهور شيء مما احتمله السيد من الأخبار في ذلك من قوله عليه السلام « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » الذي تعرض له المصنف بنفسه بعد ذلك ، ولا بما ورد في شراء اطنان من القصب ولا بما ورد في عدم شراء المصحف ، وانه يقول « اشترى منك الغلاف والأديم » كما هو ظاهر . هذا مضافاً الى انه لا يناسب الترتي بقوله : « بل يظهر منها ان إيجاب البيع باللفظ كان متعارفاً » ، فان تعارف البيع اللفظي بين التجار لا يسوى

قوله (ره) : «بل ينكرون على الممتنع . . .» (١) .
قوله (ره) : «قد بقي الكلام . . .» (٢) .

بشيء بعد ظهور الأخبار في اعتبار اللفظ في اللزوم لينتقي منه اليه . على ان تمسكه « قده » حينئذ لاعتبار اللفظ في اللزوم بالشهرة والاجماع مع ما فيها من المناقشة لم يكن له وجه اصلاً بعد ظهور الأخبار في ذلك ، فكان الأولى له ان يذكر بعض تلك الأخبار بل الاقتصار عليه . فمن المحتمل قريباً ان يكون مرجع الإشارة كون اللفظ قرينة على إنشاء التمليك من دون ان يكون الإنشاء به ، فراجع قوله - قدس سره - قبل هذا « سواء لم يوجد لفظ اصلاً أم وجد ولكن لم ينشأ التمليك به . . . » ليظهر لك صحة هذا الاحتمال . والله العالم بحقيقة الحال .

(١) كأنه - قدس سره - اراد دعوى قيام سيرة المتشعبة على جواز المعاطاة ولا يخفى ما فيه ، فان تلك السيرة - على فرض ثبوتها - ناشئة من فتاوى مراجع التقليد ، وليست سيرة متصلة الى زمان المعصوم عليه السلام ليستكشف منها رضاه (ع) ، فان المعاريف من المفتين اذا اتفقوا في عصر على حكم يعد مخالفتهم منكراً عند المتشعبة ، ولا يبعد أن يكون عدم اكتفائهم بالمعاطاة في الامور الخطيرة أيضاً مستنداً الى ذلك .

(٢) هذه الفقرة - أعني « يحلل الكلام ويحرم الكلام » - وردت في رواية واحدة وهي رواية ابن نجيب على ما في الكافي أو ابن الحجاج على نقل الوافي قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يجيئني ويقول اشترى هذا الثوب وأرجحك كذا وكذا ؟ فقال : أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك ؟ قلت : بلى . قال : لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » . وقد نقلها صاحب الوسائل أيضاً بهذا المتن . فذاكره شيخنا المحقق - قدس سره - من أن النسخة الموجودة عنده كانت هكذا « إنما يحل الكلام ويحرم الكلام » لا بد من حمله على غلط النسخة . وقد ورد « إنما يحرم الكلام »

فقط في ثلاث روايات في باب المزارعة :

منها - رواية أبي الربيع الشامي التي نقلها المصنف ، وهي متعرضة للنهي عن النطق - اعني تسمية البقر والبذر - بخلاف الرواية المتقدمة ، فانه ليس فيها تعرض للكلام ، والسؤال في هذه الرواية لو لم يكن مشتملاً على قوله « واربحك كذا » لأمكن حمله على التوكيل في الشراء بجعالة ، إلا ان « اربحك » ظاهر في الشراء ، ولذا فصل الامام عليه السلام في الجواب بأن قوله « اشترلي » إن كان مجرد مقابلة بحيث إن شاء اخذ بعد ذلك وان شاء ترك - فلا مانع ، لأن البيع يكون بعد شرائه وان كان شراء لم يصح لأنه من بيع ما لم يملك ، وهو فاسد .
وتقريب الاستدلال بهذه الفقرة ان ظاهرها حصر المحلل باللفظ ، وليس في المعاطاة لفظ .

ونقول : تلمية الاستدلال مبنيّة على ظهورها في الاحتمال الأول من الاحتمالات التي ذكرها المصنف - اعني حصر المحلل والمحرم في الكلام - وهو غير تام ، فان الحصر إن كان بالاضافة الى جميع المحللات والمحرمات في الشريعة المقدسة - بأن يراد به ان ما كان حلالاً في الشريعة المقدسة لا يحرم الا باللفظ وما كان حراماً لا يحل الا به - فهو مقطوع البطلان ، بداهة عدم توقف حلية جملة من المحرمات وهكذا العكس على اللفظ ، فان الماء الطاهر حلال ويحرم بالتجسس ، والافطار في ليل شهر رمضان حلال ويحرم بطولوع الفجر ، وهكذا العكس . . الى غير ذلك من الموارد الكثيرة .

وإن كان بلحاظ الممليات فالمتيقن أيضاً بخلافه لجواز التصرف في مال الغير اذا أذن فيه كتابة او إشارة او استكشف رضاه من الخارج ، ويحل التصرف في الأمة بالارث بعد كونه حراماً قبل ذلك مع عدم وجود لفظ في البين . وهكذا إن كان الحصر بالنسبة الى العقود ، فان المعاطاة تفيد إباحة التصرف من غير

قوله (ره) : (والرواية يحتمل وجوها . . .) (١) .

خلاف حتى من العلامة « قده » ، فان ذهابه الى فساد المعاطاة إنما هو فيما إذا قصد بها الملك لا الإباحة ، وقد رجع عن قوله فيه ايضاً كما تقدم .
هذا مضافاً الى ان لازم ذلك عدم انطباقها على مورد الرواية ، فان الفساد فيه وعدمه لم يكن من جهة اللفظ وعدمه .

(١) إن كان قدر جامع بين ما ورد في البيع وما ورد في المزارعة فتحمل هذه الفقرة في كلتا الروايتين على معنى واحد ، والا فلا بد من حملها في كل من الخبرين على معنى يناسبه .
(من المحتملات) ما تقدم وعرفت ما فيه .

(ومنها) - ما حكى عن حاشية المحقق الخراساني ، وحاصله : ان المراد بالكلام هو الالتزام ، واطلاق القول والكلام على الالتزام متعارف . وفيه انه اطلاق مسامحي لا يصار اليه بغير قرينة ، على انه لا ينطبق على موارد اخبار المزارعة (ومنها) - ان المراد به الايجاب والقبول ، فالمضمون او المقصود الواحد اذا انشئ بلفظ يكون محملاً واذا انشئ بلفظ آخر يكون محرماً . مثلاً : الزوجية المؤقتة اذا انشئت بقول « انكحت » تكون محملة واذا انشئت بلفظ « آجرت » تكون محرمة . هذا بحسب اختلاف الألفاظ ، وقد يكون الاختلاف بحسب الموارد كإنشاء التملك بلفظ « بعث » ، فانه محمل اذا كان بعد ملك البائع ومحرر اذا كان قبله .

(ومنها) - ان يراد به الكلام الواحد ويكون التحليل والتحريم بلحاظ الوجود والعدم وهذا الاحتمال - وإن قربه المصنف واختاره الكاشاني في الوافي ايضاً - إلا ان اللفظ اذا اطلق يكون فانياً في الوجود الواقعي لا العدم ، فلا معنى لإطلاق الصلاة وإرادة عدمها :

(ومنها) - ان يراد من الكلام المحلل الالتزام المقاولي ومن الكلام المحرم

قوله (ره) : (نعم يمكن استظهار . . .) (١) .

الالتزام البيعي ، وقد ظهر ما فيه مما قدمناه ،

فالصحيح من الاحتمالات هو الاحتمال الثاني في كلام المصنف ، وهو ان يراد بالكلام الايجاب والقبول . وعليه تنطبق على مورد كلتا الروايتين : اما انطباقها على مورد رواية البيع فيكون بلحاظ اختلاف المورد ، وأما انطباقها على مورد المزارعة فبلحاظ اختلاف اللفظ من تسمية البذر والبقر وعدمه ، فان المقصود الواحد - أعني اشتراط الثلث للمالك الأرض وثلثين للزارع - اذا أنشئ مع التسمية يكون حراماً وبدونها يكون حلالاً .

هذا كله من حيث الكلام ، وأما الحل فالمراد به حلية المقصود تكليفاً - كما يظهر من جملة من الأخبار الواردة في جواز المقاوله قبل الملك ، فإنها ناظرة الى الرد على بعض العامة الذين يرون مجرد المقاوله قبل الملك مانعاً عن حل المقصود ولو كان البيع والشراء بعد الملك ، فكأنه عليه السلام يريد التنبيه على فساد مذهبهم بقوله : « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » وان الايجاب والقبول محلل اذا تحقق المقصود بعد الملك ومحرم اذا وقع قبله .

وأما الحرمة فالمراد بها الفساد ، بقرينة ما ورد في بعض أخبار المزارعة من قوله عليه السلام : « ليس ينبغي له أن يسمي بقرأ ولا بذراً » . ولعل سر التعبير عن الكلام بالمحرم مع أن حرمة التصرف إنما تستند الى عدم وجود لإنشاء صحيح لا الى وجود الإنشاء الفاسد ، أن الايجاب والقبول الفاسد هو الذي أوقع المكلف في الحرام ، ولولاه لم يقع فيه .

(١) بعد منعه ظهور هذه الفقرة في حصر المحلل والمحرم باللفظ وسقوطها عن الدلالة على التقريب المزبور ذكر أنه يمكن استظهار اعتبار الكلام في إيجاب البيع بوجه آخر . وحاصله : أن المراد بالكلام فيها - وإن كان هو الايجاب والقبول

قوله (ره) : (يشعر به . . .) (١) .

قوله (ره) : (ينبغي التنبيه على امور . . .) (٢) .

أو المواعدة والمقاولة - إلا ان التعبير بالكلام في حصر المحلل والمحرم بذلك مشعر بل ظاهر في انحصاره باللفظ ، ولو لم يكن هذا مراداً لكان اللازم أن يعبر بما يعم الكلام وغيره بالإيجاب والقبول لا بالكلام .

هذا ولا يخفى أنه عليه يلزم القول بعدم ترتب الأثر على المعاوضة حتى إباحة التصرف ، وهو مخالف للاجماع كما تقدم ، إلا أن هذا التقريب أيضاً غير تام لا لما أفاده المصنف من احتمال أن يكون وجه الانحصار في الكلام عدم إمكان المعاوضة في مورد الرواية - أعني بيع ما لا يملك - لأن المبيع يكون عند مالكة وذلك لا مكان كون المبيع عند غير مالكة كما يتفق كثيراً في الدالين ، وهو ظاهر الإشارة في السؤال بقوله « اشترى هذا الثوب » ، مضافاً إلى أنه لا يبعد تحقق عقد المعاوضة بالاعطاء من طرف واحد كالمشتري في الفرض . بل الوجه في ذلك أن مفروض السؤال تحقق الإيجاب والقبول أو المواعدة باللفظ ، ففي هذا الفرض قال عليه السلام « إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام » فالحصر يكون إضافياً وبالقياس إلى مورد السؤال لا يكون حقيقياً .

(١) ليس فيما حكاه من الأخبار أي اشعار في اعتبار اللفظ اصلاً - فراجعها
(٢) « التنبيه الأول » تغرض - قدس سره - فيه لمسألتين : احدهما في جريان شروط صحة البيع كعدم الغرر وعدم الزيادة في الربوين ونحو ذلك في المعاوضة وعدمه . « ثانيهما » في جريان أحكام البيع كخيار المجلس ونحوه في المعاوضة وعدمه : (أما المسألة الأولى) فالكلام فيها يقع في مقامات ثلاث : أحدها في اعتبار ذلك في المعاوضة المقصود بها لإباحة التصرف ، ثانيها في اعتبارها فيما إذا قصد بها الملك ولكن على القول بترتب الملك المتزلزل عليها ، ثالثها في اعتبارها في ذلك

اء على ترتب اباحة التصرف عليها ، وأما على القول بترتب الملك اللازم عليها لا مجال للبحث عن ذلك أصلاً لأن المعاطاة حينئذ بيع شرعاً وعرفاً قد رتب عليه ا يترتب على البيع اللفظي :

« المقام الأول » - لا ينبغي الريب في عدم شمول أدلة شروط البيع كقوله يه السلام : « نهى النبي (ص) عن بيع الغرر » المعاطاة المقصود بها الإباحة مدم كونه بيعاً ، فعدم اشتراطها بذلك يكون من السالبة بانتفاء الموضوع . وبعبارة اخرى : مرجع اشتراط شيء في صحة البيع الى اعتباره في حصول الملك ، وهذه المعاطاة لا يحصل بها الملك أصلاً كانت واجدة لتلك الشروط أم تكن ، وهذا معنى السالبة بانتفاء الموضوع . ويبقى الكلام في دليل مشروعيتها ، وليس ذلك عموم النبوي - أعني قوله (ص) : « الناس مسلطون على أموالهم » - ولا سيرة المتشريعة كما يظهر من المصنف . أما النبوي فلما عرفت من ضعفه سنداً ودلالة ، وذكرنا من ان غاية مداولة عدم محجورية الانسان فيما ثبت مشروعيتها من تصرفات وانه ليس مشروعاً ، ولا يثبت به جواز التصرف المشكوك اباحته شرعاً كمشروعية الإباحة المعاوضة مع الغرر ونحوه . واما السيرة فهي - وان كانت ثابتة في الجملة - إلا انه لا يعتمد عليها في المقام ، للزوم الاقتصار فيها على القدر المتيقن ، فالمستند في ذلك حلية التصرفات ذاتاً بمقتضى العمومات وغيرها ، فلا مانع عنها سوى ما ورد من اعتبار طيب نفس المالك بها ، فاذا ثبت ذلك - كما هو المفروض - لا يبقى مقتضى للمنع أصلاً .

نعم اذا توقف التصرف على الملك كالوطني لقوله عليه السلام : « لا وطني الا في ملك » يمنع من الرجوع فيه الى العمومات . وتفصيل ذلك : ان التصرف قد لا يكون متوقفاً على الملك وقد يكون متوقفاً عليه وربما يشك في ذلك ، اما ما لا يتوقف منه على الملك فمقتضى العمومات - بعد ضمها الى طيب نفس المالك -

هو الجواز ، واما ما يشك في توقيفه عليها فالأصل يقتضى عدمه فيالحق بالفرض الأول ، واما المتوقف على الملك فالإطلاقات غير شاملة له لما دلّ على اعتبار الملك فيه .

فظهر مما بيناه انه لا يفرق في حصول اباحة التصرف غير المتوقف على الملك بالمعاطاة بين وجدانها لشروط البيع وعدمه ،

« المقام الثاني » - في المعاطاة المقصود بها الملك بناء على ترتب الملك المتزلزل عليها شرعا ، والظاهر فيها اعتبار شروط البيع ، لأن المعاطاة - على هذا القول - بيع شرعاً وعرفاً فتعممها الأدلة . فان اللزوم والجواز كليهما من الأحكام الشرعية المترتبة على البيع ولا دخل لشيء منها في حقيقته . وقد عرفت ان مرجع اشتراط البيع بشيء الى دخله في حصول الملكية لا اللزوم ، والمفروض حصولها في المقام . ولم يتحصل لنا وجه ما ذهب اليه شيخنا المحقق من عدم اعتبار شروط البيع في هذا الفرض .

« المقام الثالث » - في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وهي تكون وسطا بين القسمين المتقدمين لأنها بيع عرفاً لأنه قصد به التملك وليست بيعاً شرعاً لعدم ترتب المقصود عليها . ويمكن القول باعتبار الشروط فيها لوجهين : احدهما - ما هو مبني على ما اخترناه من كون هذه المعاطاة بيعاً مفيدة لما قصد بها من الملك ، فيعمها ادلة صحة البيع ، غاية الأمر اعتبار في امضاها شرعاً بالسيرة والاجماع شرط متأخر ، وهو التصرف المتوقف على الملك كما اعتبر القبض في بيع الصرف ، فانها على هذا تكون بيعاً حقيقة ، فيعمها ادلة شروط البيع ، ولا يوجب تأخر امضاها شرعاً عدم جريان الشروط فيها كما لا يوجب في بيع الصرف . هذا كله بالاضافة الى زمان حصول الملك ، واما من حيث اباحة التصرف قبل ذلك فيظهر الحال فيه من الوجه الثاني .

قوله (ره) : (بين الشرط الذي ثبت اعتباره من النص...) (١)

ثانيهما - ما هو مبني على القول بفسادها وعدم صدق مفهوم البيع عليها كما نسب الى العلامة ، فانه عليه تكون الاباحة الثابتة في موردها إباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع وليست إباحة مالكية ، فان المالك - وان أباح التصرف فيها بالمعاطاة - إلا انها كانت بعنوان التملك ولم يمضها الشارع على الفرض ، نظير ما يؤخذ بالقمار ، فان الاباحة المالكية - وان كانت ثابتة فيه - إلا أنها كانت بعنوان الاستحقاق ولم يمض شرعاً . فبناءً على ذلك لابد من الاقتصار على القدر المتيقن من مورد السيرة ، وهو صورة وجدان المعاطاة لما يعتبر في صحة البيع سواء كان دليل اعتباره لفظياً أو لبياً ، بل لابد من اعتبار الشروط الخلافية المشكوك شرطيها في البيع أيضاً ، لأن القدر المتيقن إنما هو الجامع لجميع ذلك دون غيره ، فهذا الفرض اسوأ حالاً من القسم الثاني من هذه الجهة .

وبما ذكرناه ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين المعاطاة المقصود بها الاباحة فان الاباحة هناك مالكية وفي المقام شرعية ثابتة بالسيرة .

ثم إن في هامش بعض نسخ المكاسب حاشية من المصنف حاصلها جريان الربا في المعاطاة المقصود بها الاباحة أيضاً . ولكن فساد واضح ، لأننا لم نعثر في الربا على اطلاق يعم جميع المعاولات حتى الاباحة المشروطة بمثلها .

(١) التفصيل لا وجه له ، بل الشرط الذي ثبت اعتباره بدليل لي من الاجماع ونحوه أيضاً جار في المعاطاة المقصود بها الملك ، فان معقد الاجماع إن كان البيع المفيد للملك ولو لم يكن لازماً فيعم المعاطاة بلا اشكال ، وان كان خصوص المفيد للملك اللازم فكذلك ، لأن المعاطاة تفيد الملك اللازم ، غاية الأمر قلنا بجوازه الى زمان التصرف بالسيرة أو الاجماع ، فكأن اللزوم فيها مشروط بامر متأخر .

قوله (ره): (وأما حكم جريان الخيار فيها...) (١).

(١) هذه هي المسألة الثانية من التنبيه الأول ، وقد ذكر فيها امكان نفي الخيار عن المعاطاة على المشهور ، وعلمها بقوله : « لأنها جائزة عندهم » . ولا يخفى ما في التعليل ، فان مجرد الجواز لا ينافي الخيار كما ستعرف ، والمناسب تعليقه بأنها لإباحة . ثم قال : « وإن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم » ، وفيه أن المعاطاة على هذا تكون بيعاً قبل اللزوم أيضاً ، فلا وجه للتقييد .

وتفصيل الكلام في جريان الخيار في المعاطاة وعدمه يقتضى البحث في مقامات ثلاثة على ما تقدم في المسألة الاولى :

« المقام الأول » - في المعاطاة المقصود بها الإباحة ، والظاهر عدم ثبوت الخيار فيها لعدم مقتضى له لا ثبوتاً ولا إثباتاً : أما ثبوتاً فلأن الخيار إنما يجعل فيما إذا كان ثبوته توسعة لمن له الخيار واستلزم انتفاؤه كلفة عليه . ومن الظاهر ان مجرد الإباحة والرضا بالتصرف ليس فيها كلفة على المبيع بعد عدم كونه عقداً لازماً مشمولاً لقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ، فلا معنى لجعل الخيار فيها لا شرعاً ولا بجعل المتعاطين . وأما اثباتاً فلأن أدلة ثبوت الخيار في البيع لا تشمل هذه المعاطاة لأنها ليست ببيع ، والخيار المستند الى ثبوت الضرر في اللزوم لا يثبت في المقام لانتهاء موضوع الضرر وهو الملك .

« المقام الثاني » - في المعاطاة المقصود بها الملك بناءً على ترتب الملك المتزلزل عليها . وأما على القول بترتب الملك اللازم فلا اشكال في جريان الخيار كما عرفت في المسألة المتقدمة . والظاهر ثبوت الخيار فيها لكونها بيعاً شرعاً وعرفاً مبنيّاً على اللزوم بمقتضى العمومات ، وانما ثبت الجواز فيها لغاية محدودة بالسيرة أو الاجماع ، فعمها الأدلة .

نعم قد يقال : إن جعل الخيار في الملك المنزول ذاتاً لغو لا يترتب عليه الأثر . والجواب عنه أن الجواز تارة يكون حقيقاً قابلاً للاسقاط كجواز البيع الخياري ، وقد يكون حكماً كجواز الهبة حيث لا يقبل الاسقاط ، وهكذا اللزوم قد يكون حقيقاً كلزوم البيع حيث يسقط بالإقالة ، وقد يكون حكماً كلزوم النكاح .

ثم الجواز بقسميه تارة يتعلق بتراد العينين وأخرى يتعلق بفسخ العقد فأقسام الجواز أربعة . وعليه فإن كان الجواز الثابت في المعاوضة ذاتاً جوازاً حقيقاً - ولا بأس بالتعبير عنه بخيار المعاوضة - فلا يستلزم لغوية ثبوت خيار آخر فيها ، كما قد يجتمع في البيع اللفظي خياران كالمجلس والحيوان ، فيكون كل منهما قابلاً للنقل والاسقاط فإذا سقط أحدهما يستند الخيار إلى الآخر . وإن كان الجواز الحقي في الفرض متعلقاً بالتراد ، فثبوت الخيار حينئذ كان واضحاً . لأنه متعلق بفسخ العقد فيختلف متعلق الحقيين وأما إن كان الجواز حكماً فإن كان متعلقاً بالتراد - كما ذكره المصنف في التنبيه السادس وصرح بأنه المتيقن في جواز المعاوضة - فلا مانع أيضاً من ثبوت الخيار ، فإن له حينئذ أثر مغاير للجواز الذاتي - وهو حق حل العقد - فلا إشكال في شيء من الفروض المتقدمة ، فيبقى فرض واحد وهو ما إذا فرض الجواز حكماً ومتعلقاً بفسخ العقد . والجواب عنه أن الجواز لو كان أبدياً ولم يكن محدوداً قابلاً للتبدل باللزوم لم يكن عن اللغوية دافع ، إلا أنه قابل للانقلاب بالتصرف ونحوه ، فلا مانع من جعل الخيار من أول الأمر ، فيكون طرف أعماله بعد اللزوم بالتصرف . وبما أن الأمرين بينهما عموم من وجه لا يلزم اللغوية من اجتماعهما ، إذ قد يتقلب الجواز إلى اللزوم في المجلس ، فيمكن أعمال خياره حينئذ . فالصحيح - تبعاً لظاهر المصنف - ثبوت الخيار الجاري في البيع في هذا القسم من المعاوضة مطلقاً ، من غير فرق بين المختص بالبيع وغيره .

قوله (ره): (ويحتمل أن يفصل...) (١).

قوله (ره): (ان المتيقن من مورد المعاطاة...) (٢).

(١) لم نعرف وجه التفصيل ، فان اختصاص أدلة الخيارات المختصة بالبيع بما وضع على اللزوم لا يمنع شمولها للمعاطاة ، لما عرفت من كونها مبنية على اللزوم بحسب قصد المتعاطين ، غاية الأمر ثبت فيها الجواز ما لم يحصل التصرف بالسيرة ونحوها ، فهي نظير البيع الخياري ولم يمنع أحد شمول أدلة الخيار له ، فالصحيح جريان الخيارات الخاصة والعامة في المقام .

«المقام الثالث» - في المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الإباحة عليها إن كان الخيار حقاً متعلقاً برد العين فلا ينبغي الريب في عدم ثبوته فيها لانتفاء موضوعه ، لأن العين لم تخرج عن ملك مالكة ولم يحصل النقل والانتقال ، وانما ابيح التصرف فيها شرعاً ، فما معنى ثبوت حق الرد . وإن كان الخيار بمعنى ملك فسخ العقد فالظاهر ثبوته فيها لما بينا من أنها بيع عرفاً وشرعاً ، غاية الأمر توقف تأثيره في الملك على حصول شرط متأخر - وهو التصرف أو التلف - فتعممها أدلة الخيار ، إذ يكفي في ثبوته قابلية البيع للتأثير ولو لم يكن فعلياً ، وأثره جواز الفسخ والامضاء لمن له الخيار ، فاذا أمضى المعاطاة واسقط خياره ترتب عليه إباحة التصرف فعلاً والملك بعد التصرف ، واذا فسخها انتفت الإباحة بانحلال موضوعها - وهي المعاطاة - ولا يحصل الملك حين التصرف .

ونظير ذلك بيع الصرف حين القبض ، فانه تعممه أدلة الخيار مع عدم فعلية تأثيره في الملك لتوقفه على القبض ، فاذا سقط الخيار وجب الاقباض وترتب عليه الملك ، واذا فسخ العقد سقط عن قابلية التأثير ولو بعد الاقباض .

التنبيه الثاني

(٢) تفصيل الكلام في التنبيه الثاني يقع في مقامات ثلاث بعد وضوح

أن عنوان المعاطاة لم يرد في آية ولا رواية ، ومورد البحث عنوان عام وهو كفاية الانشاء الفعلي في المعاملات وعدمه ، سواء كان معاطاة أو غيرها .

« المقام الأول » - فيما اذا قصد بالإعطاء والأخذ اباحة التصرف . لا ينبغي الريب في حصولها بذلك لأن مدركها انما هو جواز التصرف ذاتاً ، ولا مانع منه سوى اعتبار طيب نفس المالك وهو حاصل على الفرض ، سواء كان التعاطي من الطرفين او الاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر .

« المقام الثاني » - فيما اذا قصد الملك على القول بترتبه ، وعلى هذا أيضاً لا يفرق بين المعاطاة والاعطاء من طرف والأخذ من الطرف الآخر لصدق عنوان البيع والعقد والتجارة عليه . ودعوى تقوم مفهوم البيع بالمبادلة بين المالين وهي مفقودة في الاعطاء من طرف واحد فلا يكون بيعاً كما عن المحقق النائيني « قده » . مدفوعة بأن المبادلة المعتبرة في البيع إنما هي المبادلة الاعتبارية لا المبادلة في المكان ، وهي حاصلة بالاعطاء والأخذ ، بل الغالب في المعاطاة ايضاً حصول المبادلة بالاعطاء والأخذ ، فيكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً .

« المقام الثالث » - فيما اذا قصد الملك وقلنا بترتب الإباحة . والظاهر فيه عدم ترتب الإباحة الا إذا تحقق التعاطي من الطرفين ، لأنها ليست اباحة مالكية وإنما هي اباحة شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، فاذا قام شيء منها على ثبوتها في فرض الاعطاء من طرف واحد نقول بها وإلا فلا ، والتحقيق بثبوتها في المقام لتعارف البيع نسبية أو سلفاً على نحو المعاطاة ، مضافاً إلى ما تقدم من أن أكثر المعاملات النقدية من هذا القبيل فانها تتم بالاعطاء والأخذ ، وانما يكون الاعطاء من الطرف الآخر وفاءً لامتصاص المعاملة ، فلو فرض قيام الاجماع على عدم الملك ثبتت الإباحة نعم من حيث ترتب الملك عليه حين التلف لا فرق بينه وبين المعاطاة من الطرفين لصدق عنوان البيع عليه عرفاً .

قوله (ره): (وربما يدعى انعقاد المعاوضة بمجرد الايصال) (١) .

ثم ان شيخنا المحقق نقل عن بعض الاستدلالات على ثبوت الإباحة في المقام بقوله صلى الله وآله : « الناس مسلطون على أموالهم » . ثم أورد عليه بأن التمسك به انما يتم في المقامين الأولين دون الفرض الذي لم يترتب فيه المقصود على العقد وانما بالإباحة شرعاً ولم يكن مقصوده .

ونقول : الظاهر أنه ناظر الى الاشكوري حيث ذكر في حاشيته على قول المصنف : « وأما على القول بالإباحة فيشكل . . . » ما حاصله : ان الاشكال انما يتم بناءً على التمسك بالسيرة ، وأما بناءً على التمسك بالنبوي فلا اشكال ، ولعل السيد أيضاً ناظر اليه ، وعلى أي تقدير لا دافع للإيراد ، مضافاً الى عدم امكان التمسك بالنبوي في اثبات مشروعية التصرف رأساً على ما تقدم الكلام فيه .
(١) هذا هو القسم الثالث من المعاوضة ، وهو فرض عدم تحقق الأخذ والعطاء رأساً ، وقد مثل له بأمور :

(منها) اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الثمن في المكان المعدله .
(ومنها) الدخول في الحمام كذلك . ولكن الظاهر عدم كونها من قبيل المبادلة بين المالين ، والالزم فسادها للغرر ، فان تعيين مقدار الماء أو زمان البقاء في الحمام ليس متعارفاً ، بل الظاهر كونها من قبيل اباحة التصرف والرضا به مشروطاً بوضع الفلوس بنحو الشرط المتأخر ، فهما خارجان عن محل الكلام .
(ومنها) أخذ المحقرات كالخضريات والبقولات ووضع الثمن في المكان المعدله . والظاهر كونه بيعاً ، ونفس الأخذ ايجاب وكالة وقبول أصالة ، فان مالك البقل بنفس وضع بقله في الدكان كذلك يوكل كل من اراد الشراء بايجاب البيع .

وأما ما ذكره المحقق النائيني - قدس سره - من اعتبار تعيين الوكيل في صحة

قوله (ره) : (فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء) (١) .
قوله (ره) : (تميز البائع من المشتري) (٢) .

التوكيل انما يتم في توكيل الشخص ، اذ لا يترتب عليه أثر مع عدم التعيين ، وأما التوكيل النوعي فلا يعتبر فيه ذلك جزمًا بل لا معنى له .

(ومنها) وصول كل من المالكين الى مالك للآخر باطارة الريح ، والأحسن أن يفرض ذلك فيما اذا كان عند شخص واحد عروضا من زيد بعنوان الأمانة ودرهم من عمرو كذلك ، ففي مقام الرد اشتبه ودفع العروض الى مالك الدرهم وبالعكس فلما علما بذلك أبقي كل منهما ماله عند الآخر ، فاذا كان ذلك بعنوان التمليك يكون نفس الإبقاء انشاءً للبيع والشراء ، فيعمه الأدلة . الا انه على القول بعدم الملك وثبوت الإباحة لا تثبت في الفرض لعدم تحقق السيرة فيه .

(١) هذا هو القسم الرابع ، وهو فرض عدم تحقق الوصول أيضاً ، كما اذا تقاول كل من المالكين مع الآخر في مبادلة المالكين ولم يتحقق في البين عطاء ولا أخذ ولا ايصال أصلاً . ذكر المصنف ما حاصله : ان الاشكال المتقدم على الإباحة هنا أكد ، وأما بناءً على الملك فلا يبعد صحته .

ونقول : أما عدم ثبوت الإباحة فواضح لأنها إباحة شرعية ولم تثبت السيرة على ثبوتها في المقام ، وأما الصحة بناءً على الملك تمسكاً بالأدلة فلم نعرف لها وجهاً وذلك لأنه لو كان اللفظ غير المعبر مجرد مقابلة ومواعدة فلم يتحقق بيع ليعمه دليله ، وان كان انشاءً فاسداً لم يعتبره الشارع ، فكيف يتمسك فيه بما دل على صحة البيع ، فان الرجوع اليه مع فرض الفساد مما لا يجتمعان .

(٢) قد تكون الشبهة في تميز البائع عن المشتري مصداقية بعد وضوح مفهوم البيع والشراء ، كما اذا شك في أن أياً من المتبايعين قصد البديلة وأيهما قصد المبدلية فيما اذا لم يكن أحد العوضين عروضاً والآخر قيمة ، فيشكل الأمر

في تعيين ذلك ، فان مجرد التقديم في الاعطاء لا يوجب صدق البيع كما لا يوجب تأخير صدق الشراء ، فان الإبداء من المشتري في دفع الثمن ليس امراً نادراً . وعليه فلا تثبت أحكام البائع ولا المشتري لكل منهما اصلاً ، بل يرجع في ذلك الى ما يناسبه من الأصل العملي . والظاهر - بل المتيقن - أن المصنف فيما أفاده غير ناظر الى هذه الصورة .

وقد يكون الشك في الصدق ، أي تكون الشبهة مفهومية ، وهذا اصطلاح من المصنف - قدس سره - حيث عبر في كتاب الطهارة عن حصة من الشبهة المفهومية ، وهي ما اذا كان للمفهوم أفراد متيقنة وشك في سعته بالنسبة الى الأفراد المشكوكة بالشك في الصدق ، فاذا كان احد العوضين عروضاً والآخر قيمة كان صاحب العروض هو البائع والآخر هو المشتري ، وإلا فان كان غرض أحدهما متعلقاً بشخص المال وغرض الآخر متعلقاً بقيمته - بحيث يدفع اليه العروض بعنوان البدلية عن الدرهم أو الدينار - كان الأول مشترياً والثاني بائعاً . وأما اذا فرضنا تعلق غرض كليهما بالمالية او بالشخص لاحتالة يكون صدق البائع والمشتري على كل منهما مشكوكاً . وقد ذكر المصنف في ذلك احتمالات أربعة ، وزاد عليها المحقق النائيني - قدس سره - احتمالاً خامساً :

(أحدها) - أن يكون كل منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين ، لصدق كلا العنوانين - اعني عنوان المبادلة وعنوان ترك شيء واخذ غيره - على فعل كل منهما بلحاظين . وفيه : ان المبادلة وترك شيء بأخذ غيره لازم أعم للبيع والشراء كما لا يخفى فكل منهما صادق على كل من البيع والشراء ، واذا قيدنا ذلك بقصد خصوص العين في الشراء وتعلق الغرض بالمالية في البيع لما صدق العنوان على شيء واحد .

(ثانيها) - أن السابق في الإعطاء هو البائع . وفيه ما عرفت من انه ليس

في البيع .

قوله (ره) : (الرابع أن أصل المعاطاة) (١) .
قوله (ره) : (على وجوه) (٢) .

(ثالثها) - أن يكون ذلك صلحاً . وفيه أن عقد الصلح عبارة عن انشاء التسالم بحيث يكون هو المنشأ ، وأما واقع التسلم فكل عقد يكون مشتملاً عليه ومع ذلك لا يكون صلحاً .

(رابعها) - ما ذكره المحقق النائيني من كون احدهما بائعاً والآخر مشترياً بلا تعيين حتى في الواقع . وفيه أنه غير معقول من جهتين أو من جهات لا تخفى .
(خامسها) أن يكون معاوضة مستقلة غير داخلية في العناوين المعروفة فيعجمه التجارة عن تراض ، فتكون صحيحة نافذة ولكن لا يترتب عليها آثار البيع واحكامه وهذا هو الصحيح ، ولذا في مثل ذلك اذا سئل كل منهما عن فعله لا يقول « بعت » ولا يقول « اشتريت » ، بل يقول « بدلت داري » أو « عوضته باخرى » ونحو ذلك .
(١) هذا التنبيه راجع الى أقسام المعاطاة بحسب مقصود المتعاطيين ، فما ذكره المصنف من تمامية العقد بالاعطاء من جانب والأخذ من الجانب الآخر ، وان اعطاه يكون وفاءً لا متمماً للعقد أجني عن هذا التنبيه ، وقد تقدم تفصيله
(٢) جعلها أربعة :

(أحدها) أن يقصد المبادلة بين المالين .

(ثانيها) أن يقصد المبادلة بين تمليكين ، بأن يجعل التملك بأزاء تملك الآخر بحيث تحصل المبادلة بين المالين تبعاً . وذكر المصنف أنه بعيد عن معنى البيع وقريب الى الهبة المعوضة . ثم أشكل في إجراء حكم الهبة المعوضة عليه لعدم تحقق التملك من الأول لو لم يملكه الآخر بخلاف الهبة ، إلا أن يكون تملك الآخر له ملحوظاً على نحو الداعي لا العوض ، فقال : « الأولى أن يقال انها مصالححة أو معاوضة مستقلة » .

- قوله (ره): (أحدها أن يقصد) (١) .
قوله (ره): (ثانيها أن يقصد) (٢) .

(ثالثها) أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض والآخر يقبلها بتمليك ماله له .
(رابعها) أن يقصد كل منهما الإباحة بازاء إباحة الآخر .
ثم اشكل عليه في حكم القسمين الأخيرين من جهتين ، من حيث صحة الإباحة المعوضة بالتمليك ، ومن حيث إمكان إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك ، ولا بد من التعرض لكل من الأقسام المزبورة :
(١) هذه هي المعاطاة المصطلحة التي وقع الكلام في كونها مفيدة للملك اللازم أو الجائز أو يترتب عليها إباحة التصرف أو هي فاسدة لا يترتب عليها شيء ، وعرفت المختار منها .

(٢) لا نتصور وجهاً معقولاً للمبادلة بين تملكين ، فإن المبادلة لا بد أن تكون بين مالين موجودين إما خارجاً وإما اعتباراً في الذمة . وأما ما كان موجوداً في زمان وانعدم فلا معنى لتبديله والمقام من هذا القبيل ، فإن التملك الذي ينعدم بقوله ملكتك لا معنى لتمليكه لشخص آخر ثبوتاً ، وأما إثباتاً فلا يمكن إنشاؤه بقوله ملكتك الدار مثلاً ، بل لا بد في ذلك من وقوع عقد آخر على نفس التملك بأن يقول آجرتك على أن تملكني دارك بازاء تملكك البستان لك .

وبالجملة جعل التملك بازاء التملك ممنوع ثبوتاً وإثباتاً ، فما يحتمل في هذا القسم امران :

- (أحدهما) - أن يكون التملك مشروطاً بتمليك الثاني كالهبة المعوضة .
(ثانيها) - أن يكون تملك الأول بداعي تملك الآخر ، فتحلله لا يوجب الخيار أيضاً . وعلى أي تقدير لا بد وأن يكون الغرض خارجاً عن باب المعاوضات رأساً .

قوله (ره) : (ثالثها ان يقصد) (١) .

قوله (ره) : (رابعها ان يقصد كل منها الاباحة) (٢) .

قوله (ره) : (اما اباحة جميع التصرفات) (٣) .

وأما احتمال كونه مصالحة فدفوع بما تقدم من أن الصلح عبارة عن إنشاء التسالم ، وأما واقعه فمتحقق في ضمن كل عقد .

(١) لو كان المفروض عكس ما فرض اعني قصد تملك المسال بازاء تملك الاباحة لأمكن توجيهه ، إذ لا يعتبر أن يكون الثمن في البيع عينا ، بل يمكن ان يكون فعلا . وأما المفروض فيجربى فيه ما ذكره في القسم الرابع .

(٢) أما المبادلة بين الاباحتين أو الاباحة والتملك فقد عرفت امتناعها ثبوتا وإثباتا فيجربى فيه الاحتمالان المتقدمان بأن تكون الاباحة مشروطة أو تكون بداعي لإباحة الثاني أو تملكه ، وعلى الأول يجب على الآخر بعد قبوله العمل بالشرط ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) بناء على شموله لمثل المقام . وأما على الثاني فلا يجب عليه شيء أصلاً . (نعم) في الموردين احتمال ثالث غير جار في القسم الثاني ، وهو أن تكون الاباحة معلقة على إباحة الآخر أو على تملكه فان التعليق إنما يكون مفسداً في التملك ولو محالاً كالهبة لا الاباحة ، فتكون ثابتة لمن يبيع له ماله أو يملكه إياه ، فيكون الموضوع مقيدا بذلك لا يدخل فيه من لا يفعل ذلك . وهذا نظير فعل الحامي ، فانه يبيع التصرف لكل من يضع الفلس في الدخل ، ولا مانع من هذا التعليق في الاباحة ، كما هو واضح . وأما غير هذه الاحتمالات فلا نتعقله في هذه الفروض .

(٣) هذا أحد الموردين اللذين استشكل المصنف (ره) فيها ، وذهب فيه إلى أنه لا يسوغ التصرف المتوقف على الملك بمجرد إذن المالك ، فانه إنما يمضى فيما يجوز ذاتاً دون غيره ، كبيع الانسان مال غيره لنفسه الذي هو مستحيل شرعاً

فكيف يجوز للمالك أن يبيعه ؟ ثم صحيح ذلك بأحد وجهين أو وجوه :
 (أحدها) - أن يقصد بالاباحة توكيل المخاطب في بيع ماله ثم تملك ثمنه
 أو العكس ، أو تكون بنفسها انشاء تملك له ويكون تصرف المخاطب بمنزلة القبول
 نظير قول الرجل للمالك العبد اعتق عبدك عني بكذا ، فانه استدعاء للتمليك بدلالة
 الاقتضاء ، واعتاق المولى جواب لذلك . وهذه الدلالة من الدلالات المقصودة ،
 وهي التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلا أو شرعا . ومثل في القوانين ظاهر آ
 للأول بقوله سبحانه (واسأل القرية) ولثاني بالمثال المذكور .

(ثانيها) - أن يرد دليل على جواز التصرف في مورد الاباحة ، فيكون
 مخصصاً لعموم دليل اعتبار الملك فيه ، مثل لا يبيع الا في ملك ، أولا وطء الا في
 ملك كما خصص بمادل على جواز وطء الأمة بالتحليل بصيغة خاصة .

(ثالثها) - أن يلتزم بحصول الملك آنأما قبل التصرف جمعا بين الأدلة ، كما
 في شراء العمودين .

وهذه الوجوه كلها منتفية فيما نحن فيه ، فلا يبقى الا عموم قوله (ص) :
 (الناس مسطون على اموالهم) وإثبات صحته به موقوف على عدم مخالفة مؤداه
 لقواعد اخر ، فان غاية مدلوله سلطنة المالك على التصرفات المشروعة دون غيرها
 هذا حاصل ما أفاده في المقام .

(ونقول) : لابد من بيان كيفية توقف التصرفات على الملك ، وأنه يكون
 تحت جامع واحد ويختلف باختلاف الموارد (وتفصيل ذلك) يستدعى البحث
 في جهتين : (إحداهما) من حيث كون التصرف للمالك (ثانيها) من حيث كون
 التصرف عن المالك بحيث ترجع نتيجته اليه :

(اما الجهة الاولى) فتوضيحا أن التصرف قد يكون خارجيا غير قابل
 للوكالة والنيابة ، ويختص جوازه شرعا بشخص المالك كالوطء حيث يستفاد

اختصاصه بالزوج او المالك من الآيه المباركة ، ففي مثله لا يجوز ذلك لغير المالك بالاذن والاباحة ، بدهاه ان غير المالك لا يصير مالكا بشيء منهما . والنبوي إنما يثبت السلطنة للمالك بالنسبة الى التصرفات الجائزة ذاتاً ، فاذا لم يكن عن جواز التصرف مانع سوى كونه ملكا لغير يباح باذنه ، وقد يكون التصرف مما تجرى فيه النيابة او الوكالة ويتوقف جوازه على ملك المتصرف أو كونه منتسبا الى المالك وسلطانه ورضاه ، كما في البيع والاجارة ونحوها من العقود ، فانها متوقفة على ملك العقد وكونه صادرا عن رضى المالك وسلطانه ولو لاحقا على ما هو ظاهر التجارة عن تراض ، ففي مثل ذلك لا ينبغي الشك في صحته بالتوكيل بل بمجرد الاذن أيضا وإن لم يكن توكيل . وبهذا صححنا العقد الفصولي إذ لحقه اجازة المالك ، بناء على ما سنبينه من ان الرضا المعتبر في صحة المعاملة أعم من المقارن والمتأخر ،

وقد يكون التوقف على الملك بمعنى كون التصرف تصرف المالك ، نظير الطلاق الذي يعتبر فيه أن يكون من فعل الزوج ، ولذا لا يصح من غيره بغير الوكالة ومن هذا القبيل جميع الايقاعات كالابراء والعنق ونحوه ، فان المستفاد من عموم قوله ع (لا عتق الا في ملك) اعتبار كون العتق فعلا للمالك « فيصح من غيره بالوكالة ، حيث أن فعل الوكيل فعل الموكل غايته من غير مباشرة ، ولا يصح بمجرد الرضا او الاباحة ، فلو قال المالك أبحث لك أن تعتق عبدي عني لا يصح بظاهره ، فضلا عما إذا قال أبحث لك أن تعتق عبدي عنك ، فانه لا يستفاد منه بناء على ذلك اعتبار كون العتق عن المالك ، فلا مانع من أن يعتق المالك عبده عن غيره فتبرأ ذمته (وعليه) فلا مقتضى في قول الرجل اعتق عبدك عني لأن يكون استدعاء للتملك ضمنا من باب دلالة الاقتضاء .

(وأما الجهة الثانية) فتارة يكون اعتبار التصرف عن المالك بحكم عقلي ، واخرى يكون بدليل شرعي والاول مثل اعتبار رجوع الثمن الى كيس من خرج عنه

المثمن وهكذا العكس ، فإن البيع مبادلة المالين وهي متقومة بدخول كل من العوضين في كيس من خرج عنه الآخر ، فاعتبار كون البيع عن المالك مما استقل به العقل ولو لم يكن هناك حديث (لا بيع الا في ملك) اصلا ، فاذا قال المالك لغيره اشتر بما لي لنفسك شيئا لا بد وأن يكون توكيلا له في الشراء ثم تملك المثمن ، او توكيلا للتملك أولا ثم الشراء لنفسه ، أو يكون تملكاً له ابتداء والا فلا يصح الاذن .

(وبالجمل) في مثل ذلك إذ ثبت ما يوهم خلافه لا بد من الالتزام بالملك آنا ما جمعاً بينه وبين ما استقل به العقل . وهذا نظير ما قالوا به في شراء العمودين والمحارم جمعاً بين الأدلة ، ويكون الملك الثابت حينئذ ملكاً حقيقياً لا تقديرياً كالملك الثابت للواهب او من له الخيار إذا باع أو أعتق ، ولا وجه للتفصيل بينه وبين الملك في شراء العمودين والالتزام بالملك الحقيقي في الاول والتقديري في الثاني كما عن المصنف (قده) بل الصحيح تحقق الملك الحقيقي في الفروض الثلاثة والاختلاف انما هو من حيث طول الزمان وقصره ، وإلا فلا نتعلل الملك التقديري أصلاً .

(وأما الثاني) وهو ما اذا ثبت اعتبار كون التصرف عن الملك بالدليل الشرعي ، كما استظهره في (المسالك) في باب العتق ، فاذا ثبت في مورد خلافه ، كما ثبت جواز عتق الولد عن والده يلتزم فيه بالتخصيص ، كما ذهب اليه في (المسالك) ايضاً في الفرض ، من دون حاجة الى الالتزام بالملكية آناً ، هذا كله في الكبرى الكلية من الجهتين .

(بقى الكلام) في بعض صغرياتها : (منها) - ما إذا قال المالك لغيره اعتق عبدي عنك فانه يكون مورداً لكلتي الجهتين ، فن حين اعتبار كون العتق فعل المالك لا بد وأن يكون الامر بالعتق توكيلاً أو تملكاً ، وإلا فلا يكون المعنى هو المالك ، وأما من الجهة الثانية فلا يكفي التوكيل بناء على اعتبار وقوع العتق عن

المالك ، فلا مناص في صحته من أن يكون الأمر بالعتق تمليكاً للمخاطب ، والا فلا يكون العتق عن المالك .

(ومنها) - مالو قال اعتق عبدي عني ، والبحث فيه يكون من الجهة الاولى فقط ، فلا بد من الالتزام فيه بالتوكيل ليكون العتق فعل المالك .

(ومنها) - مالو قال اعتق عبدك عني ولايجزى فيه إلا من الجهة الثانية ، فان العتق على اي تقدير يكون فعل المالك ، فان جوزنا العتق عن غير المالك جاز ذلك من دون حاجة الى حمله على استدعاء التملك ، وإلا فلا بد وأن يكون السؤال استدعاء له والعتق جواباً كما أفاده المصنف (قدّه) .

فتلخص من جميع ما تقدم أن البيع ونحوه من الجهة الاولى يعتبر فيه أن يكون منتسباً الى المالك ليصدق عليه عنوان التجارة عن تراض ، ويحصل ذلك بالرضي اللاحق فضلاً عن الاذن والاباحة السابقة (وأما من الجهة الثانية) فالعقل يستقل باعتبار كونه عن المالك على ما عرفت ، فاذا ثبت خلافه في مورد - كما في شراء العمودين وانعتاقهما مع خروج الثمن عن كيس الولد - فلا محالة من الالتزام بالملك آنأماً ، وهو ملك حقيقي ، لعدم امكان تخصيص الحكم العقلي .

(وأما الوطىء) فالمستفاد من الآية توقفه على الملك ، ولا يجوز لغيره الا بالتحليل بصيغة خاصة ، ولا مانع من التخصيص ، لأن التوقف شرعي (وأما العتق) ونحوه ، من الايقاعات ، فان ثبت لإجماع على توقفه على الملك واعتبار كون المعتق مالكاً مباشرة او تسبيحاً فهو ، وإلا فقوله (ع) : (لا عتق إلا فيما يملك) لا يستفاد منه ذلك ، كما لا يستظهر من قوله (ع) : (لا يبيع إلا في ملك) وقوله (ع) : (لا طلاق قبل النكاح) فانها ناظرة الى نفي العتق والبيع قبل الملك كما هو المتعارف حتى في عصرنا ، فالمرجع حينئذ عمومات العتق وأوفوا بالعقود ، لشموله الايقاع ايضاً وهكذا في الطلاق .

ثم لو تنزلنا وسلمنا دلالاته على اعتبار كون المعتق مالكا ، فمن الجهة الثانية لا ينبغي الريب في عدم دلالاته على اعتبار كون العتق عن المالك ، فيصح العتق عن غيره ويثاب عليه .

بقي الكلام في أمرين : (أحدهما) - أنه بناء على صحة العتق عن غير المالك ووصول ثوابه اليه ، فهل تسقط ذمته إذا كان مشغولا بالعتق بنذر أو غيره أو لا ؟ ظاهر (السيد والحقق النائيني (ره) في الحاشية هو الاول . و (الصحيح) هو الثاني ، ولا يبعد كونه مختار المسالك أيضاً ، فإن سقوط التكليف المتوجه الى أحد بفعل غيره على خلاف القاعدة ، ففي كل مورد ثبت الدليل عليه - كما في عتق الولد عن والده الميت - نقول به ، وإلا فلا . ومجرد الصحة لا يلزم سقوط ذمة الغير كما هو واضح وأما ما ذكره السيد (قدس) - من التمسك بفحوى قوله (ع) : (دين الله أحق أن يقضى) حيث طبق الامام (ع) الدين على قضاء الفوائت ، ثم أمر بأن دين الله أحق أن يقضى - فخذوش من وجهين : (الاول) - أن تلك الرواية ضعيفة السند ولم نجد لها مأخذاً صحيحاً . (الثاني) - أن مؤداها حكم على خلاف القاعدة لا بد من الاقتصار على موردها : وهو أداء الدين القربي عن الميت لاعن الحي . (ثانيهما) - أن الأمر بالعتق هل يوجب الضمان أم لا ؟ وأما إذا قصد المالك التبرع أو أقام السائل قرينة على المجانية فلا إشكال في عدم الضمان ، لأن المالك أنف ماله مجباً . وأما إذا لم يكن شيء منها فاحترام مال المسلم يقتضي ضمان الأمر بمجرد أمره ، وعليه سيرة العقلاء والمتشرعة في الأموال والأفعال ، فلا وجه للقول بثبوت الضمان على الأمر من جهة دخول المال في ملكه وخروجه عنه ، كما يظهر من الحقق النائيني (قدس) وعليه فإذا عين الثمن في الأمر يكون الضمان به ، وإلا فيضمن بالمثل أو بالقيمة .

ثم إنه ذكر أمثلة آخر يتوقف فيها النصرف على الملك : (منها) - ثمن الهدي

حيث ادعى اعتبار كونه ملكاً للمهدي ، وقد استشهد المصنف (ره) في عدم جواز وطء الجارية بالاباحة بما حكاها عن حواشي الشهيد (قده) من منعه لإخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس والزكاة و ثمن الهدي ولا وطء الجارية (نقول) : أما الاستشهاد بكلامه (قده) في المقام فغريب ، لان مورده المأخوذ بالمعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتب الاباحة عليها شرعاً وكلامنا في الاباحة المالكية ، ولاربط لاحدهما بالآخرى ، فهو أجنبي عما نحن فيه كما ذكره السيد (قده) في الحاشية . وتوضيح ذلك : أن كلامنا في المقام إنما هو في الكبرى أعني جواز التصرف المتوقف على الملك من غير المالك ، ونفوذ بعد الفراغ عن الصغرى ، وهي تعلق الاباحة به . وفي المعاطاة بالعكس أعني لإباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك بالمعاطاة المقصود بها الملك وعدمها بعد الفراغ عن الكبرى أعني نفوذ التصرفات المتوقفة على الملك لو فرض تعلق الاباحة به ، إذ المفروض كون الاباحة شرعية ، فكل من المقامين اجنبي عن الآخر .

وأما أصل المطلب فالظاهر عدم اعتبار الملك في ثمن الهدي ، فان ما يظهر من الاخبار وجوب سوق الهدي في حج القران ، ووجوب ذبحه هنالك في حج التمتع ، وليس في شيء منها تعرض لملك الثمن اصلاً ، بل لا يبعد استفادة عدمه مما ورد في بذل الحج .

هذا مضافاً إلى أنه لا يتصور لإخراج ثمن الهدي من مال الغير معنى معقولا وذلك لأن المهدي إما أن يشتري الهدي بذمته ثم يؤديها مما يبيع له ، وعليه يكون الثمن مال نفسه ، وإما أوفاه من مال الغير ، وإما أن يشتريه بشخص مال الغير . (وعليه) إن قصد الشراء للمالك فالهدي بنفسه يكون للمبيع ، فهو نظير أن يبيع له سوق الهدي الموروث له من والده مثلاً ، وإن قصد الشراء لنفسه ، فهو داخل فيما هو معلوم من شراء أحد بمال الغير لنفسه شيئاً ، ولا معنى لإخراج ملك الغير في

قوله (ره) : (نظير المملك التقديرى فى اللدفة بالنسبة الى الميت..)(١)

ثمن الهدى .

(ومنها) - المهر وقد توهم اعتبار كونه ملكا للزوج ، ولكن الظاهر أن أصله ليس ركنا فى النكاح ، فيجوز بلا مهر فضلا عن اعتبار كونه ملكا للزوج .
(ومنها) - الإخراج فى الخمس والزكاة . والكلام فيه إن قلنا بتعلقها بمالية العين - كما هو المختار - فيكون مشتركا بين المالك ومستحقها ، ولا ينبغي الإشكال فى أن تبادل مال الغير بدون إذنه غير جائز ، وإنما ثبت حق ذلك للمالك لكونه أعظم الشريكين .

وأما غيره فلم يثبت له ذلك ، وإن قلنا بتعلقه بالذمة ، فيجوز فيه ما تقدم فى الدين التعبدى وعدم سقوطه بإداء الغير . هذا كله فى دفع الغير عن المالك .
وأما إذا أخرج المالك بنفسه فى الخمس أو الزكاة ، فعلى القول بتعلقها بالذمة ابتداء أو انتقالها الى الذمة بتلف مضمن ، فلا مانع من ذلك لجواز أداء الدين بمال الغير إذا أباح التصرف فيه . والمفروض أنه قصد به القربة أيضا وأما على القول بتعلقها بالعين وبقاتها كذلك ، فالظاهر عدم الجواز ، لأنه إن قصد به المبادلة للمالك على أن تنتقل حصصة الفقراء أو السادة اليه ويكون هو الشريك معه ، فلم يثبت له حق ذلك ، فان غاية ما ثبت إنما هو الولاية على تبادل حصصهم بمال نفسه ليتمحض له المال كله ، وإن قصد المبادلة لنفسه بأن يدخل حصصهم فى ملكه مع خروج عوضها عن ملك الآخر فهو مناف لحقيقه البيع عقلا ، فلا يصح .
هذا كله على القاعدة . وأما ما تقتضيه الأخبار الخاصة فى إخراج مال الغير فى الزكاة أو الخمس أو إعطاء الغير له ذلك بالزام معاملى أو بغيره ، فلبحث فيه مقام آخر .

(١) بناء على تلقى الورثة ملك الدفة عن الميت ، كما دل عليه جملة من الروايات

قوله (ره) : (منهم قطب الدين . . .) (١) .

قوله (ره) : (أما الكلام في صحة الإباحة بالعوض . . .) (٢) .

فلا مناص من الالتزام بحصول الملك للميت آنأما ملكية حقيقية لا تقديرية اذ لا تتعلقها فان الارث متقوم بذلك عقلا (نعم) قد يقال بأن ظاهر الآية المباركة : (فدية مسلمة الى اهله) وجوب تسليم الدية الى الوارث ابتداء . وعليه لا حاجة الى الالتزام بملك الميت أصلا لا تحقيقاً ولا تقديرأ .

(١) سنتعرض لكلامه في بيع الفضولي إن شاء الله تعالى هذا تمام الكلام في

الجهة الاولى .

(٢) هذه هي الجهة الثانية من الكلام ولا بد أولاً من التكلم في صحة العقد المركب من الإباحة والتمليك ، ثم على فرض تماميته نتكلم في كونه جائزاً من الطرفين أولاً زماً كذلك أو يفصل ، فيلتزم بلجواز من طرف المبيع واللزوم من طرف المالك وجوه : ذهب المصنف (قدّه) الى أن اقوامها الصحة واللزوم .

وتحقيق ذلك أن التملك والإباحة قد يقعان مورد العقد الآخر من صلح أو إجارة أو بيع ، كما إذا تصالح المبيع والمملك على الإباحة والتمليك وأنشأه بعنوان الصلح ، أو آجر كل منهما الآخر على ذلك ، أو باع أحد شيئاً وجعل ثمنه الإباحة وقد تنشأ الإباحة في مقابل التملك من دون تعلق عقد بهما .

(أما الاول) فلا إشكال في صحته ولزومه ، فيجب على كل منهما العمل بما التزم به وبملك كل منهما ذلك على الآخر (نعم) وجوب الإباحة على المبيع تكليفي لا وضعي ، فله الرجوع وضعاً متى شاء ، بخلاف التملك على الطرف الآخر (وعليه) فان إباح المبيع وكان مورداً لعقد الإباحة في الجملة لا يجوز للمالك الرجوع ، لأنه من أكل المال بالباطل وأما إذا لم يبيع أو كانت الإباحة مستمرة - كما هو الظاهر - ورجع في الاثناء ثبت الخيار للمالك من باب تخلف الشرط .

قوله (ره) : (التنبيه الخامس في حكم جريان المعاوضة في غير البيع من العقود...) (١) .

(وأما الثاني) ، فقد عرفت فيما سبق عدم كونه من المعاوضات المالية ، وإنما هو إباحة مشروطة أو معلقة ، ولكنه مع ذلك صحيح على القاعدة . ويؤيده قوله (ص) الناس مسلطون على أموالهم ، فان مقتضاه تسلط المالك على إباحة مال الغير مشروطاً أو معلقاً كيفاً أراد ، فان كانت إباحة مشروطة أي لإباحة فعلية مجانية ، غايته قد شرط في ضممنها على المباح له تملك ماله ، فيجب عليه الوفاء به ، لقوله (ص) : (المؤمنون عند شروطهم) جاز للمبيح الرجوع عن إباحته مهما أراد ، ولكن المملك ليس له الرجوع ابتداء ، لان تملكه لم يكن هبة مجانية . لتكون جائزة ، وإنما كانت في مقابل الإباحة ، فهي هبة معوضة لازمة ، إلا إذا رجع المبيع ، وحينئذ لا يبعد أن يثبت للمملك ذلك لتخلف الشرط .

(وأما إذا كانت) إباحة معلقة شخصية أو نوعية ، بأن تكون فعليتها منوطة بتحقيق المعلق عليه من دون أن يجب لإيجاده على الطرف أصلاً ، لعدم التزامه به ، فيجوز للمملك أيضاً الرجوع ابتداء ، لان تملكه كان هبة مجانية جائزة ، إلا إذا كانت الى ذي رحم ، فتكون لازمة لا يجوز له الرجوع الا اذا رجع المبيع ، فيثبت له خيار تخلف الشرط ، ولا ينافيه اطلاق ما دل على لزوم الهبة الى ذي رحم ، فانه ناظر الى لزومها من حيث كونها هبة ، فلا مانع من ثبوت الخيار فيها من جهة اخرى . (١) قد يقال باختصاص المعاوضة بالبيع وعدم جريانها في غيره من العقود

فضلاً عن الايقاعات ، لتوهم انحصار دليل صحتها بالاجماع أو السيرة ، وهي غير ثابتة الا في البيع ، ولكن المحقق - على ما حكى عنه المصنف (ره) - استظهر جريانها في الاجارة من كلام بعض الاصحاب ، حيث ذكر أنه إذا أمره بعمل على عوض معين عمله واستحق الاجرة ، فانه لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز العمل ولم يستحق

اجرة مع علمه بالفساد ، وظاهرهم الجواز بذلك ، وهكذا في الهبة .
 (نقول) : أما استظهار المحقق (ره) ففي غير محله ، فإن استحقاق المأمور
 للاجرة غير ملازم لصحة الاجارة ، لامكان كونه من جهة احترام عمل المسلم
 الذي لم يقصد به التبرع وأتى به لأمر الأمر . وأما جريان المعاطة في غير البيع
 من العقود فتحقيق الكلام فيه أنه ان قلنا بتقوم العقود مفهومها باللفظ ، فلا يصدق
 شيء منها بدونه ، ولازمه القول بفساد المعاطة رأساً . وأما ثبوت الاباحة الشرعية
 أو الملك في البيع المعاطاتي فبدليل خاص من سيرة أو اجماع ، فلا بد من الاقتصار
 في ذلك على المتيقن . وهو البيع دون غيره . وأما إذا لم نقل بذلك ، كما هو الصحيح
 لامكان انشاء جميع الانشاءات من العقود والايقاعات وغيرها بغير اللفظ ، لما عرفت
 من أن الانشاء عبارة عن ابراز الاعتبار النفساني بشيء سراء كان بالقول أو بالفعل
 وعليه فن الواضح صدق عناوين العقود أو الايقاعات على الاعتبارات المبرزة
 بالفعل كالقول وعليه تصح المعاطة بالفعل المبرز للاعتبار النفساني لا خصوص
 العطاء الخارجي ، وتشملها الأدلة العامة والخاصة . ويكون مقتضى القاعدة فيها
 الصحة وال لزوم ، ولا يرفع اليد عن ذلك إلا بدليل شرعي من اجماع أو غيره دالا
 على عدم اللزوم أو على عدم الملك .

ولا بد حينئذ في الاباحة الشرعية من الاقتصار على القدر المتيقن من مورد
 السيرة ، وقد خرجنا عما تقتضيه القاعدة في موردين اعتبرنا فيها اللفظ للدليل الخاص
 وهما النكاح والطلاق واعتبار اللفظ في الثاني أظهر .

وبما بيناه ظهر فساد توجيه عدم جريان المعاطة في النكاح بتقوم مفهومه
 في اللفظ ، إذ لا فرق بينه وبين سائر العقود من هذه الجهة ، كما ظهر فساد ما ذكره
 المحقق النائيني (قده) في ذلك من أن النكاح والسفاح متقابلان ، فإن الوطء قبل
 ايجاد العلة يكون مصداقاً للزنا ، فلا يتحقق به مضاده وهو النكاح (فانه يرد عليه

أولاً) - أنه أخص من المدعى ، لما ذكرنا من أن المراد بالمعاطاة هو العقد المنشأ بالفعل مطلقاً ، ولم نعتبر في ذلك فعلاً خاصاً ، فيمكن إبراز النكاح بفعل آخر غير الوطء من إشارة أو كتابة أو نحوها (وثانياً) - أن تقابل النكاح والسفاح ليس من جهة اعتبار اللفظ في مفهوم النكاح ، وإنما هو من جهة أن النكاح عبارة عن الوطء عن استحقاق شرعي باختلاف الشرائع . والسفاح عبارة عن الوطء بغير استحقاق ومن الظاهر أن الوطء المبرز مع تحقق العلاقة الزوجية بما يدل عليها ليس وطئاً عن غير استحقاق ، فلا يكون مصداقاً للزنا .

(نعم) لا إشكال في حرمة الوطء إذا لم يكن مسبوقاً بالزوجية وإن قصد به الزوجية ، لظهور قوله سبحانه : (إلا على أزواجهم) عرفاً في اختصاص الحل بما إذا تأخر الوطء عن الزوجية ، فمن حيث القاعدة لا فرق بين النكاح وغيره من العقود ، إلا أنه يستفاد اعتبار اللفظ فيه من الإجماع وتسالم الأصحاب ، ومن قوله عليه السلام في نكاح المتعة : (فإذا قالت نعم فأنت أولى الناس بها) (١) فإن مقتضاه اعتبار خصوص هذا اللفظ ، وقد رفعنا اليد عن الخصوصية ، للقطع بعدم اعتبارها ، وأما أصل اللفظ فلا وجه لنفي اعتباره ، هذا كله في النكاح .

(وقد وضح) بما تقدم أيضاً فساد ما ذكره المحقق النائيني (قدس) من عدم جريان المعاطاة في الوصية والضمان والإيقاعات ، لعدم وجود فعل تنطبق عليه تلك العناوين خارجاً ، وذلك لما عرفت أن صدق عنوان عقد أو إيقاع على فعل إنما هو بجعله مبرزاً للاعتبار المعلوم له ، كإبرازه بالقول . ومن الظاهر إمكان إبراز الاعتبار النفساني في موارد الأمور المذكورة بالفعل . نعم العطاء الخارجي لا يمكن أن يبرز به التملك بعد الموت ، كانتقال الدين من ذمة المدينون إلى ذمة

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٧٧ باب ١٨ كتاب النكاح في صيغة

المتعة رواها عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله (ع) . (المقرم)

قوله (ره): (وأما مسألة الهبة . . .) (١)

الضامن ، اكن الانشاء الفعلي لا ينحصر بالاعطاء كما عرفت ، فيمكن أن ينشأ الوصية او الضمان ونحوهما بالكتابة أو الاشارة ونحوهما مما يمكن ابراز تلك الامور بها . (نعم) لأبد من مناسبة واتصال عرفي بين الفعل وما يبرز به ، بحيث يكون الفعل مصداقاً لذلك العنوان عرفاً ، والا فالقصور يكون من ناحية المبرز . ويشهد لما قلناه - من إمكان المعاطاة في الايقاعات - ماورد من طلاق الاخرس وتحقيقه بالقاء القناع على رأس زوجته ، فان الخرس لايجعل المستحيل ممكناً فينكشف به إمكان المعاطاة في الايقاعات ، غاية اعتبر في بعض الموارد دون بعض .

(١) من الموارد التي استشكل جريان المعاطاة فيها الهبة لما ذكره المصنف (قده) من أن توقف الملك في الهبة على الايجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه . (وفيه) منع ثبوت إجماع في خصوص الهبة ، كما ذكر السيد (قده) في الحاشية ، وإنما ذكر الفقهاء اعتبار الايجاب والقبول في كل من العقود عند تعرضهم للبحث عنه ، بل بينوا اللفظ الذي يتحقق به الايجاب والقبول في كل منها ، فحال الهبة حال غيرها من العقود .

ومن الموارد التي منع جريان المعاطاة فيها القرض ، بدعوى أن القبض فيه شرط لحصول الملك ، والانشاء مقتض له ، فاذا جرى فيه المعاطاة بالقبض ، لزم اتحاد المقتضى والشرط ، وهو مستحيل ، لان المقتضي عبارة عن السبب المؤثر ، والشرط متمم لفاعلية الفاعل او لقابلية القابل .
وهما متقابلان يستحيل اتحادهما .

وفيه أولاً - النقص بالهبة ، فان القبض فيها شرط لحصول الملك ، فاذا انشئت به لزم الاتحاد المزبور (وبيع الصرف) فان الملك فيه مشروط بالقبض ، فاذا أنشئ به لزم المحذور ، مع أن جريان المعاطاة فيها خصوصاً في الهبة مورد السيرة

قطعا . (وثانيا) - بالحل وهو ما ذكرناه مراراً من أنه لا يراد بالمقتضي والشرط في باب الاحكام ما هو المصطلح في معناهما ، بل المراد بالشرط الخصوصية التي قيد بها متعلق الحكم أو موضوعه ، فراجع الشرط الشرعي الى القيد الماخوذ في متعلق الحكم ، ويعبر عنه بشرط الواجب ، أو في موضوعه ويعبر عنه بشرط التكليف أو الوضع ، كما ان المراد بالمقتضي في المقام هو المبرز . وعليه فلا محذور في كون القيد المأخوذ في موضوع حكم الشارع بالملك مبرزاً للاعتبار النفساني ايضا ، فاذا تحقق يتحقق به كلا الامرين من الشرط والإبراز ، ويترتب عليه الملك .

ومن الموارد التي منع فيها المعاطاة (الرهن) وقد ذكر المصنف (قده) في وجهه ما حاصله أنه لو قلنا بلزوم المعاطاة في الرهن خالفنا الاجماع المنقول على عدم إفادتها للزوم ، وإن بنينا على جوازه فالجواز مخالف لحقيقة الرهن الذي هو بمعنى الوثيقة وإن لم يرجع الراهن خارجاً . وفيه (أولا) - أنه لم يحصل لنا من الاجماع المنقولة في المقام الظن برأي المعصوم (ع) فضلا عن الجزم واليقين ، فليس في مخالفتها جراً (وثانيا) - لو سلمنا اعتبارها ، فلا بد من الاقتصار على القدر المتيقن من موردها ، وهي العقود التي يتصور الجواز فيها ، ولم يكن منافياً لحقيقتها . (وثالثاً) - ليس شيء من كلمات المجمعين التي نقلها المصنف (قده) تصريح باعتبار اللفظ في لزوم العقد ، بل مضمون جميعها إلا ما شذ أن العقد لو خلي عن اللفظ أفاد الملك الجائز ، كما في كلام بعضهم ، أو أفاد الاباحة كما في كلام البعض الآخر .

ومن الظاهر أن مورد هذا الكلام ليس إلا العقد الذي يدور أمره بين الجواز واللزوم ، فحكم عليه باللزوم تارة وبالجواز أخرى ، ولا يعم ما يدور أمره بين اللزوم والفساد ، كما في الرهن فافهم ، فانه لا يخلو عن دقة . (وعليه) فقطضي إطلاق الأدلة العامة والخاصة صحة الرهن ، سواء انشئ بالقول أو بالفعل .

قوله (ره) : (التبنيه السادس في ملزمات المعاطاة . . .) (١)

ومن موارد المنع الوقف ، فقد ذكر المصنف (قده) أن الجواز غير معروف في الوقف .

(وفيه) أنه إذا ثبت من الخارج اعتبار اللزوم في الوقف إما لكونه عباديا وما كان لله تعالى لا يرجع ، وإما لجهة أخرى ، فيلحقه حكم الرهن . ويجري ما هناك إذ لا فرق حينئذ بينهما إلا من حيث كون اللزوم في الرهن لازماً حقيقة . وفي الوقف لازم بحكم الشارع . وأما إذا لم يثبت من الخارج لزوم الوقف ، فحاله حال البيع . وعلى التقديرين تجرى فيه المعاطاة . ويؤكد جريانها فيه السيرة القطعية المستمرة على عدم ذكر الصيغة في كثير من الاوقاف ، مثل الفرش والحصر الموقوفة للمساجد أو المشاهد وغير ذلك ، ولم يعهد رجوع الواقفين أو وارثهم إلى شيء منها وما ينبغي الاستشكال في جريان المعاطاة فيه العتق ، من حيث استلزامه رجوع الحر عبداً ، وهو ممنوع ، إلا أن الجواب عنه يظهر مما تقدم ، فانه إما ملحق بالرهن أو بالبيع .

التبنيه السادس

(١) أما على المختار من افادتها الملك اللازم فلا مجال لهذا البحث . وأما على القول بافادتها الإباحة أو الملك الجائز فينتهي البحث إلى الملزمات ، وهي أمور . وقد تعرض المصنف (رة) للأصل فيما إذا شك في لزوم المعاطاة وجوازها وذلك عند طرو ما يحتمل ملزميته كالتصرف المغير ، فحكم بأن الأصل - على القول بالملك - هو اللزوم ، لقوله تعالى : (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) وبغيره من الوجوه المتقدمة (وعلى القول بالإباحة) فالأصل عدم اللزوم ، لقاعدة السلطنة ، ولقوله (ص) : لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب

قوله (ره) : (فاعلم أن تلف العوضين ملزم ...) (١)

نفسه ، واستصحب بقاء الاباحة بعد الرجوع على تقدير جريانه في نفسه غير جار مع وجود الدليل ، وهو ظاهر .

نقول : ما أفاده أعلى الله مقامه - من اصاله اللزوم ، بناء على الملك - متين جداً .

وأما على القول بالاباحة . فانما يتم بناء على ما نسب الى العلامة رضوان الله عليه في بعض كتبه من فساد المعاطاة رأساً ، وأن الشارع حكم في موردها باباحة التصرف ، كحكمه بجواز أكل المار من ثمار الغير مع بقاءه في ملك مالكة فيصح حينئذ القول بأن قاعدة السلطنة تقتضي جواز الرجوع ، فاذا رجع تنفى الاباحة ، لكونها شرعية ثابتة بالسيرة أو الاجماع ، وموردها ما دام لم يرجع المالك .

وأما على القول بكون المعاطاة عقداً صحيحاً مشمولاً للعمومات ، غايته رفعنا اليد عن إفادتها الملك ما لم يحدث التلف والتصرف ، للسيرة والاجماع ، ففي غير المتيقن من مورد السيرة لا بد من الرجوع الى العمومات ، على ما هو الشأن عند إجمال المخصص المنفصل . ومعه كيف يمكن الرجوع . الى قاعدة السلطنة ، واستصحب عدم حدوث الملك بالتصرف المغير - مثلاً - غير جار مع وجود الأصل اللفظي ، وليست الشبهة موضوعية . والشك في تحقق شرط الملك ليستصحب عدم تحققه ، فالاصل يقتضي اللزوم على التقديرين .

(١) علله - أعلى الله مقامه - بأن التلف - على القول بالاباحة - يكون من مال مالكة ، ولم يحصل ما يوجب الضمان . والتمسك بقاعدة على اليد ما اخذت مندفع بما سيجيء . وعلى القول بالملك فقتضى القاعدة - كما عرفت - اللزوم . وما ثبت من مخالفتها إنما هو جواز تراد العينين ، فاذا ارتفع مورده امتنع الجواز ، نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة ، بل مانحن فيه أضيق ، لتعلقه بتراد العوضين

معاً ولم يثبت جواز حل العقد ، ليستصحب بقاؤه بعد التلف ، بل مجرد الشك في ذلك كاف في عدم جريان الاستصحاب ، لعدم إحراز بقاء الموضوع .
نقول : أما ما ذكره من التعليل على الإباحة لا يبعد أن يكون من سهو القلم لمنافاته لما التزم به في رد استبعاد كاشف الغطاء (قدّه) بأن التلف مملك من الجانبين من حصول الملك قبل التلف آنأما ، ولا بعد فيه إذا كان مقتضى الجمع بين الأدلة - أي الاتفاق على عدم الضمان بالمثل أو القيمة - وقاعدة على اليد ، لوضوح عدم تسليط المالك مجانا ، وبذلك قد حكم بالضمان في موارد العقود الفاسدة ، على ماسيجيء الكلام فيه في محله . واستصحب عدم الملك إلا في الزمان المتيقن وقوعه فيه ، فان لازم ذلك أن تكون المعاطاة مفيدة للملك آنأما قبل التلف . هذا على مسلكه (قدّه) .

وأما على ما سلكناه فالأمر واضح ، فانه لا مانع من شمول العمومات والأدلة الخاصة لمورد المعاطاة ، غاية الأمر أنه ثبت بالاجماع اشتراطه بأمر متأخر وهو التلف ونحوه ، كاشتراطه في الهبة وبيع الصرف بالتقبض ، إلا أنه ثبتت الإباحة شرعا ما لم يحصل الشرط ، ولم يثبت ذلك في الهبة والصرف ، وعليه دائما يكون التلف من مال المعطى له ، كما في البيع اللفظي ، فيلحق بالقول بالملك أي الفرض الثاني وأما ما ذكره على القول بالملك ، ففيه أنا لم نتصور لجواز تراد العينين معنى معقولا ، فانه إن اريد به التراد في الملكية فهو معنى فسخ العقد ، وإن اريد به التراد مع بقاء كل منهما في ملك مالكة بأن يأخذه ويحفظه له ، فهو خلاف المفروض .
(نعم) يمكن أن يراد بالجواز حق حل العقد بالتراد بحيث يكون التراد مصداقا للفسخ أو عند تحقق التراد خارجا ، نظير بيع الشرط اعنى الخيار بشرط رد مثل الثمن . (وعليه) يختص الجواز بفرض بقاء العينين ولا يثبت عند تلفها ، بل احتمال ذلك كاف في المنع عن ثبوت الخيار بعد التلف .

قوله (ره) : حكم ما لو تلف أحد العينين . . . (١)
قوله (ره) واما على القول بالاباحة الخ (٢)

فظهر بما بيناه فساد ما ذكره المصنف (قده) من التعليين وإن كان أصل الدعوى - أعني كون التلف من الجانيين - ملزماً صحيحاً . أما على المختار فلان العمومات كانت تقتضي الملكية ولزومها من أول الامر ، وإنما خرجنا عنها الى ما قبل التلف آنأماً لقيام الاجماع على اشراط حصول الملك او اللزوم بها بالتلف وأما بعده فلم يثبت لها تخصيص . وأما على ما سلكه فلدخول كل من المالكين من أول الامر أو قبل التلف آنأماً في ملك المعطى له ، والاصل في الملك هو اللزوم . (١) ظهر بما تقدم حكم ما لو تلف أحد العوضين أو بعضه وأنه ايضاً ملزم أما على المختار فلان المتيقن - من مورد الاجماع المخصص للعمومات - إنما هو فرض بقاء كلا العوضين فاذا تلف احدهما فالعمومات محكمة واما على مسلكه فلان المفروض دخول العين التالفه في ملك المعطى له قبل التلف آنأماً جمعاً بين الادلة كما تقدم وقد عرفت ان الاصل في الملك هو اللزوم .

(٢) حكى عن صاحب الجواهر قده وفاقاً لبعض معاصريه وتبعاً لصاحب المسالك انه استوجه عدم اللزوم في الفرض لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه (ورد عليه) بانها معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف وقيمه فان مقتضى بقاء الملك جواز الرجوع فاذا رجع لا بد وان يضمن التالف لمالكة بالمثل والقيمة وهو مناف لاصالة براءة ذمته عن الضمان فيعلم اجمالاً بعدم جريان احد الاصلين فيسقطان معاً على ما هو الشأن في سائر موارد العلم الاجمالي ، ولا يتوهم التمسك بعموم على اليد والمنع لذلك عن جريان البرائة ومعارضتها مع استصحاب الجواز للقطع بعدم كونها يد ضمان قبل التلف بل بعده ايضاً ما لم يرجع المالك فان الضمان بالمثل او القيمة على تقدير ثبوته ضمان حادث لم يكن ثابتاً بعد تحقق انيدوثبوته.

قوله : (ره) لاصالة بقاء سلطنته الخ (١) .

قوله : (ره) والتمسك هنا بعموم على اليد الخ (٢) .

(ثم بعد ذلك) قرب ما استوجهه بدعوى حكومة استصحاب بقاء السلطنة على اصالة البرائة من الضمان بالمثل او القيمة فان الشك بالضمان بالمثل او القيمة مسبب عن الشك في الجواز مع ان ضمان التالف ببذله معلوم والكلام في ان البذل بذله الحقيقي او الجعلي اعني المسمى فلا معنى للرجوع الى البرائة عنه .

(ثم احتمل اخيرا) القول بالجواز من الطرفين لعموم قوله (ص) (الناس مسلطون على اموالهم) فان مقتضاه سلطنة المالك على ماله بجميع مراتبه من عينه وبذله فلكل من المالكين الرجوع باخذ ماله اذا كان موجودا وباخذ بذله الحقيقي اعني المثل او القيمة اذا كان تالفا وستعرف الحال في جميع ذلك انشاء الله .

(١) الظاهر عدم جريان هذا الاستصحاب على مسلكتنا ومسلكه للقطع بحصول الانتقال وانتفاء سلطنة المالك السابق بخروج المال عن ملكه ودخوله في ملك الاخر قبل التلف انما حتى العين الموجودة على ماهو قانون المعاوضة فكيف يستصحب بقاء السلطنة الزائلة (وان شئت قلت) ان الرجوع الثابت قبل التلف انما كان رجوع المالك الى ملكه وبعد التلف يكون من استرجاع ملك الغير وقد نهى عنه الشارع بقوله سبحانه (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض) فالموضوع متبدل نعم لو احتمل بقاء عدم الملكية حتى في الآن المتصل بالتلف امكن الاستصحاب لكنه خلاف الفرض .

(٢) لا مانع من التمسك به في المقام لان الخارج عما تقتضيه السيرة والخبر من الضمان موردان (احدهما) اذا القى المالك احترام ماله بتسليط الغير عليه مجانا فلا يكون ضامنا وعليه يبقي قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم ثبوت الدية فيما اذا اذن المقتول في قتل نفسه والقى احترامها

قوله : (ره) حاكمة على اصاله عدم الضمان بالمثل الخ (١) .

(ثانيهما) اليد الاماني سواء كانت مالكيه او شرعية وكلا الامرين متنف هنا (ودعوى) عدم كون اليد ضمان قبل التلف (ممنوعة) بل العام شامل لها من اول حدوثها غاية كان الضمان قبل التلف بنفس العين وبعده ببدل العين .

(١) هذه الحكومة مبنية على امرين يحل مقام المصنف (قدّه) على الاعتماد في شيء منهما (احدهما) القول بحكومة الاستصحاب على البرائة عند وقوع المعارضة بينهما ولو في موردين كما قرره المحقق الهمداني (قدّه) في قضاء الفوائت من كتاب الصلاة (ويرده) انه مبني على حجية مثبتات الاستصحاب ولم يلتزم به (نعم) يتقدم الاستصحاب على البرائة اذا تعارضا في مورد واحد هذا مضافا الى امكان الرجوع في نفي الضمان الى الاستصحاب فان الضمان بالمثل او القيمة لم يكن ثابتا قبل التلف فيستصحب فلا يبقى مجال لهذا الوجه (ثانيهما) ان يقال بتقدم الضمان بالمسمى رتبة على الضمان بالمثل أو القيمة فيتقدم جريان الاصل في الاول على الثاني . (وبعبارة اخرى) منشأ الشك في الضمان بالمثل او القيمة هو الشك في بقاء الملك فاصالة بقاءه حاكم على اصاله عدم الضمان (وفيه) ان الحكومة انما تتم فيما اذا كان ترتب الضمان بالمثل او القيمة على بقاء الملك شرعيا على ما هو الشأن في جميع موارد الحكومة وليس كذلك فان الضمان المزبور مترتب على بقاء التالف في ملك مالكة الاول وهو من لوازم بقاء الموجود في ملك مالكة عقلا فالحكومة فاسدة .

(وبالجمله) ثبوت الضمان في المقام انما هو من جهة التضاد وامتناع اجتماع عدمه مع جواز الرجوع ولا تتحقق الحكومة بذلك ،

(نعم) اثبات الضمان بالمثل او القيمة باستصحاب بقاء كل من المالكين في ملك مالكة الأول فيما اذا احتملنا ذلك فيكون تلف التالف تحت يد الاخر موجبا لضمانه له وهكذا لو اتلفه لكنك قد عرفت انه مناف للالتزام بالملكية آنأما .

- قوله : (ره) ماقد يقال من ان عموم للناس الخ (١) .
 قوله : (ره) ولو كان احد للعوضين ديننا الخ (٢) .
 قوله : (ره) ولو نقل للعينين او احدهما بعقد لازم الخ (٣) .

(١) التمسك به من التمسك في العام في الشبهة المصداقيه لان مفاد تسلط المالك على مال نفسه وكون التالف او الباقي ملكا للمالكه الاول بعد التلف اول الكلام والحكم لا يثبت الموضوع .

(٢) ذهب المصنف (قدّه) الى لزوم هذه المعاطة على القول بالملك لان من في ذمته الدين يملكه فيسقط اذا لا معنى لسلطنة الانسان على مافي ذمة نفسه فيكون في حكم التالف لان الساقط لا يعود وهذا معنى ما ذكره الفلاسفة من استحالة تخلل العدم بين الوجود الواحد فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لانتفاء موضوعه وهو التراد ثم ذكر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة فافهم .

وافاد المحقق النائيني (قدّه) في توجيهه ان الاباحة في المقام اباحة مطلقة وهي كالسلطنة المطلقة فلا محالة يكون اثرها السقوط كالمالك (ونقول) الظاهر لزوم المعاطة في الفرض لكن لامن جهة ان الدين يستحيل ان يملكه من في ذمته لإستلزامه سلطنة الإنسان على نفسه فلا بد وان يسقط لما عرفت في تعريف البيع من امكان ذلك بل لأن الجواز الثابت في المعاطة ليس بمعنى السلطنة على فسخ العقد وانما هو بمعنى تراد العينين فيختص بما اذا كان العوضان من الاعيان الخارجية التي يمكن فيها التراد ولذلك لا يثبت الجواز حتى فيما اذا كان احد العوضين ديننا في ذمة شخص اخر غير المتعاطيين لعدم امكان التراد فتأمل .

(٣) اما قبل عودها فعدم جواز الرجوع واضح وكذا الحكم اذا رجعت بفسخ او اقالة او غير ذلك اما على القول بالاباحة فلدخول العين قبل وقوع العقد عليها آنا ما في ملك المعطي له سواء كان العقد معاوضيا او غير معاوضي بل ويلحق

قوله : (ره) ولو باع العين ثالث فضولا الخ (١) .

بالعقد كل تصرف متوقف على الملك كالوطىء في الجارية فينتفى بذلك سلطنة المالك على الرجوع الثابتة قبل ذلك لأنها كانت جوازا حكما بمعنى رجوع المالك الى ملكه ولذا لم تكن قابلة للإسقاط وقد ارتفعت يقينا والجواز بعد ذلك اذا ثبت يكرن جوازاً حقيقياً بمعنى السلطنة على تملك ملك الغير وهو محتاج الى دليل ومجرد الشك كاف في المنع عنه .

(واما على القول بالملك) فان كان رجوع العين الى ملك البائع بسبب اخر من ارث او مهر او عقد اخر فالملكية الناشئة منه ملكية اخرى ولم يكن للمالك حق الرجوع فيها وحلها وانما كان له السلطنة على فسخ الملكية السابقة والزائلة على الفرض وان كان بفسخ او اقالة فالملكية العائدة وان لم تكن مغايرة للملكية السابقة الا ان المتيقن من مورد الإجماع القائم على جواز المعاطات على القول بالملك غير ذلك والإستصحاب غير جار للقطع بالإنتقاض في الاثناء .

(نعم) على القول بالملك لا يكون الوطىء ونحوه من التصرف المتوقف على الملك ملزماً لعدم توقفه على اللزوم (ولاوجه) لقياس المقام بخيار العيب حيث يكون التصرف فيه مسقطاً للخيار فان ذلك ثبت بدليل خاص على سقوطه باحداث الحدث واي حدث اعظم من الوطىء خصوصاً في الباكرة ولم يدل عليه في المقام .

(اللهم الا ان يقال) على ما سلكناه ان القاعدة والعمومات كانت شاملة للمعاطات وكان مقتضاها اللزوم وانما خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ما اذا لم يحدث التصرف المتوقف على الملك .

(١) يقع الكلام في امور ثلاثة الأول في الإجازة الثاني في الرد الثالث في تعارضهما اما الإجازة فتنفذ من المالك ويكون ذلك رجوعاً عن المعاطة سواء قلنا

بالمالك او بالإباحة ومن المعطى له اذ المفروض صحة العقد المستند اليه مباشرة او بالتوكيل والإستناد اليه بقاءً يحصل بالإجازة (واما الرد) فيجوز من المالك لأنه على القول بالإباحة مالك وعلى القول بالمالك يكون فسخاً للمعاطاة لانه تصرف مالكي بل لايبعد كونه رجوعاً حتى على القول بالإباحة لأن الإباحة لم تكن مالكية وانما كانت شرعية مترتبة على المعاطاة المقصود بها انشاء الملك فاذا رد المالك فعنه الرجوع عما انشأه من التملك فاذا انتفى انشاء التملك انتفت الإباحة الشرعية المترتبة عليها لامحالة وهكذا ينفذ الرد من المعطى له على القول بالمالك فلو قوع العقد الفضولي على ملكه فله رده واما على الإباحة فربما يقال بنفوذه ايضاً نظراً الى ان الرد تصرف مالكي يستكشف به دخول العين في ملكه قبله آتاما فبعد الرد تكون العين ملكا له .

(اللهم الا ان يقال) ان التصرف المالكى من المباح له اذا كان في العين يكشف عن حصول الملك قبله آتاما وليس الرد تصرفاً في العين وانما هو تصرف في العقد الواقع عليها ولم يثبت له جوازه اصلاً (واما تعارض الرد والإجازة) كما اذا رد المالك الاول واجاز فان كانت الإجازة سابقة على الرد فلا يبقى موضوع للرد وتكون الإجازة نافذة دون الرد واما اذا تأخرت الإجازة عنه بأن سبقها الرد يكون رد المالك فسخاً للمعاطاة ورجوعاً عنها بالإلتزام فهل يكون الرجوع مقدماً على الإجازة او هي تتقدم عليه جعله المصنف (ره) مبنياً على القول بالنقل والكشف فعلى النقل يتقدم الرد لكونه رجوعاً عن المعاطاة فلا يبقى للثاني حق الإجازة وعلى الكشف تكشف الإجازة عن خروج العين عن ملك المالك الأول قبل رده فلم يحصل الرد من المالك فيلغى (ثم احتمل) لغوية الإجازة لأن الكاشف انما هو اجازة المالك وهى اول الكلام .

(ونقول) اما على النقل فالرد مقدم على الإجازة كما افيد في المتن واما على

قوله : (ره) ولو امتزجت العينان الخ (١) .

الكشف فسيأتي ان الكشف على وجوه وان قلنا بالمعرفة المحضة كالامارات لا يعد تقدم الإجازة على الرد (وان قلنا) بالشرط المتأخر او اعتبار وصف التعقب فلا ينبغي الريب في تقدم الرد لان الكاشف عن حصول النقل والانتقال بالعقد الفضولي انها هو اجازة المالك اي اجازة من له الولاية عليها مع قطع النظر عن الإجازة على ما هو ظاهر قوله (تعالى) (الا ان تكون تجارة عن تراض) فإن المراد به رضا المالك لا الغاصب وليس للمعطي له ذلك لان الرد لولا الإجازة كان نافذاً وقد عرفت انه رجوع عن المعاطاة بل يجرى ما ذكرناه على القول بالكاشفية المحضة ايضا فان الكاشف انها هو اجازة من يلي امرها لا اجازة الاجني .

ويحتمل كلام المصنف (قدّه) وجهها آخراً ليس فيه تبعيد المسافة وهو ان تفرض المعاوضة ابتداء بين رجوع المالك عن المعاطاة واجازة المعطي له بل هو الظاهر من قوله (قدّه) (ولورجع الاول فاجاز الثاني) حيث عبر بالرجوع دون الرد وعلى هذا لا يحتاج الى اثبات كون رد المالك فسخاً للمعاطاة على القول بالملك او مطلقاً .

(١) ان كان المزج ملحقاً بالتلف كما اذا مزج الدهن بالمرق فلا اشكال في سقوط الرجوع وان لم يكن كذلك فظاهر المصنف (ره) سقوط الرجوع على القول بالملك لعدم امكان التراد وان احتمل الشركة وعلى القول بالإباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج .

وعلى ما سلكناه يكون اللزوم في الفرض في غاية الوضوح فان مقتضى العمومات لزوم المعاطاة ، وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن من مورده امكان استرجاع الملكية الإستقلالية السابقة على ان السيرة في مثله قائمة على اللزوم .

قوله: (ره) ولو تصرف في العين الخ (١) .
 قوله: (ره) ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ
 الخ (٢) .

(١) ذكر المصنف (ره) في التصرف المغير كعجن الدقيق وتفصيل الثوب انه غير ملزم على القول بالإباحة واما على القول بالملك فوجهان مبنيان على جريان الاستصحاب وعدمه وزعم ان منشأ الاشكال كون الموضوع في الاستصحاب عرفياً او حقيقياً وقد ظهر بما بيناه ان مقتضى القاعدة في الفرض ايضاً هو لزوم على ما اخترناه للاقتصار في رفع اليد عن العمومات على المتيقن من مورد الاجماع بل السيرة على اللزوم في هذا الفرض اقوى من الفرض السابق ولذا يعد الرد بعد التغير مستهجناً خصوصاً من المغير .

(٢) فصل اعلا الله مقامه في سقوط الرجوع بموت المتعاطين او احدهما وعدمه بين القول بالملك والقول بالإباحة وحاصل ما افاده انه على القول بالملك يسقط الجواز بالموت لأن الجواز في المعاطاة حكمي قائم بالشخص غير قابل للاسقاط والانتقال كجواز الرجوع في الهبة وليس حقيقياً في الخيارات في العقود اللازمة ليورث فاذا مات احد المتعاطين ليس لوارثه الرجوع (واما على القول بالإباحة) فالرجوع ثابت للوارث لأن الإباحة قائمة برضى المالك كما في الطعام المهدي الى الضيف لياكله حيث يجوز الرجوع للمالكه في كل آن فاذا انتقل المال الى الوارث جاز له الرجوع وتنتفي اباحة التصرف للمباح له برجوع المالك ثم ذكر (قده) انه لو جن احدهما الظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين .

(ونقول) اما ما افاده من ان الجواز على القول بالملك حكمي لاحقي فصحيح لما ذكرناه في اول بحث البيع من ان الحق عين الحكم الا انه جعل اسقاطه بيد من له الحق فكلماً لم يثبت قابلية الجواز او اللزوم للاسقاط كان مقتضى الاصل عدم

قوله : (ره) ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك وجهين (١) .

سقوطه بالاسقاط فيكون حكماً .

واما ما ذكره على القول بالاباحة فانما يتم لو كانت الإباحة اباحة مالكية فانها تدور مدار رضا المالك كما في الطعام المقدم الى الضيف ولذا اذا ارتفع رضا المالك في اثناء الاكل ولو بالجنون او بالاغماء على كلام فيه لا يجوز الاكل ولكن الاباحة في المعاطاة ليست الا اباحة شرعية مترتبة على المعاطاة المقصود بها الملك وكان مقتضى القاعدة فيها ثبوت الملك وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه قبل موت المتعاطين واما حين موته او قبله آناً فلم يثبت اجماع على عدم الملك فالعمومات محكمة فلا ينتقل المال الى الورثة ليكون بقاء الإباحة للمعطى له دائراً مدار رضاهم وهذا البيان يجري على القول بالملك ايضاً فيلتزم بسقوط جواز الرجوع وان بنينا على كونه جوازاً حقياً .

(وان شئت قلت) ان الجواز الثابت بالإجماع انما هو لشخص المتعاطين دون وارثهم (واما ما ذكره) في الجنون من قيام ولي الجنون مقامه في الرجوع على القولين فلعل نظره في ذلك الى انه ليس هناك انتقال في الجواز وقد ظهر الحال فيه مما بيناه فان مقتضى العمومات ان تكون المعاطاة مفيدة للملك اللازم وقد خرجنا عنها بالإجماع والمتيقن منه ما قبل الجنون آناً هذا كله في الملزمات .

التنبيه السابع

(١) المقصود من هذا التنبيه البحث عن جريان الخيارات المختصة بالبيع في المعاطاة وعدمه وقد وعد المصنف (ره) التكلم فيه عند بحثه عن اعتبار شروط البيع غير اللفظ في المعاطاة في التنبيه الأول من التنبيهات وحكى عن المسالك وجهين في كون المعاطاة بيعاً او معاوضة مستقلة مقدمة لبيان المقصود .

(وليعلم) ان مورد الكلام انما هو المعاطاة المقصود بها التملك بناء على ترتب الإباحة عليها شرعاً واما المعاطاة التي قصد بها الإباحة فليست بيعاً ولا يجري فيها الخيار كما ان المعاطاة المقصود بها الملك على القول بترتبها عليها ولو جازاً بيع بلا كلام .

(وربما يتخيل) انه لا ينبغي الكلام عن كون المعاطاة بيعاً اصلاً لانه ان اريد بالبيع البيع العرفي فهي بيع اذ المفروض ان المتعاطيين قصداً التملك ولا يعتبر اللفظ في صدق البيع عرفاً وان اريد به البيع الشرعي فليست المعاطاة بيعاً لعدم ترتب الملكية عليها (ولكن التحقيق) ان المعاطاة على القول بالملك اللازم بيع بلا اشكال وكذا على القول بترتب الملك الجائز عليها اذ لا يعتبر اللزوم في مفهوم البيع واما على القول بالإباحة فكذلك لما مر منا مراراً من ان الإباحة المترتبة على المعاطاة ليست إباحة مالكية وانما هي إباحة شرعية ثابتة بالسيرة والاجماع واما المتعاطيان فقد قصداً بها التملك وامضاه الشارع غاية الأمر مشروطاً بشرط متأخر عن المعاطاة مقارن لحصول الملك من التصرف المغير او التلف ونحوهما كاشتراط صحة بيع المكروه وترتب الاثر عليه بالاجازة اللاحقة او اشتراط بيع الصرف بالقبض .

نعم حكم الشارع في المعاطاة باباحة التصرف ما لم يحصل شرط الملك ولم يحكم بها في بيع المكروه وبيع الصرف ونحوه (وعليه) فالمعاطاة تكون بيعاً من اول حدودها على جميع الاقوال حتى الاباحة كما ان بيع المكروه والصرف ايضاً بيع قبل حصول الاجازة والقبض . واما جريان الخيار فيها فتفصيله ان الخيار قد يكون بتعبد شرعي كخيار المجلس والحيوان وقد يكون ناشئاً من تخلف الشرط فان جعل الشرط لامعنى له الاجعل الخيار عند تخلفه (ثم الشرط) قد يكون لفظياً مذكوراً في العقد وقد يكون ارتكازياً كاعتبار صحة العوضين وعدم تفاوت الثمن عن القيمة السوقية تفاوتاً فاحشاً في المعاوضات ولذا يكون التخلف في الأول موجباً لثبوت خيار العيب وفي الثاني يكون موجباً

قوله : (ره) لا اشكال في تحقيق المعاطاة الخ (١)

لخيار الغبن وهذا القسم من الخيار لا اشكال في جريانه في المعاطاة .
وانما الكلام في جريان القسم الاول فيها فنقول اما على المختار من القول
بافادة المعاطاة للملك اللزم من اول الامر فلا ينبغي الاشكال في جريان جميع
الخيارات فيها وهكذا على القول بافادتها للملك الجائز اذ لا مانع من ثبوت الخيار
بعناوين عديدة بينها عموم من وجه ولا وجه لما ذكره المصنف (ره) من كون الجواز
في المعاطاة غير متعلق بالبيع بل هو متعلق بتراد العينين (لما عرفت) من ان جواز
التراد معناه التراد في الملكية وهو عبارة اخرى عن فسخ العقد فهو كبقية الخيارات
كما لا وجه لما ذكره المحقق النائيني (ره) من انه لا يلحقها خصوص خيار المجلس
والحيوان لظهور دليلهما في اختصاصهما في البيع العقدي الذي مبناه على اللزوم
لولا الخيار (وذلك) لانه ان اراد ابتناء العقد على اللزوم بحسب قصد المتبايعين
فالمعاطاة كذلك لان المفروض ان المتعاطين قصدا التملك اللزم وان اراد ابتناءه
عليه شرعاً فهو فاسد ولذا يثبتان في البيع الجائز بشرط ونحوه مع عدم ابتنائه على
اللزوم شرعاً .

واما على القول بالاباحة فحال المعاطاة على ما عرفت حال بيع المكره وبيع
الصرف فكما يثبت فيها خيار المجلس والحيوان ويترتب عليه الاثر بعد حصول
الشرط فكذلك في المقام وقد ظهر بما بيناه انه لا وجه للتريد في مبدء ثبوت خيار
الحيوان في المعاطاة .

التنبيه الثامن

(١) اطال المصنف (ره) الكلام في هذا التنبيه من غير حاجة الى ذلك ونحن
نختصره ونقول لو اكتفينا من الانشاء القولي بكل لفظ مبرز عرفاً للاعتبار النفساني

قوله : (ره) مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع الخ (١)

فلا مجال لهذا التنبيه واما اذا اعتبرنا فيه بعض الشروط فيقع الكلام في ان الفاسد لها يلحقه حكم المعاطاة اولا او يفصل بين حصول القبض وعدمه الظاهر هو الثاني وهو عدم كون العقد اللفظي الفاسد معاطاة من غير فرق بين تحقق القبض بغده وعدمه فان الانشاء اللفظي اذا كان فاقدا لشرط اللزوم فلا اشكال في صحته وترتب الاثر عليه غاية الامر تسلط كل من المتبايعين على فسخه وان كان فاقداً لشرط الصحة فلا مناص من الحكم بفساده والقبض المبني على العقد اللفظي ليس انشاء فعليا للتمليك بل يكون من قبيل قبض المقامر واقباطه مترتباً على القمار من باب الوفاء بالعقد والالتزام السابق وعليه فيجري فيه مايجرى في بقية العقود الفاسدة من عدم جواز التصرف في العوضين ومن الضمان .

ولا يقال ذلك في المعاطاة على القول بعدم افادتها الملك فان الاباحة في موردها قد ثبتت بدليل خارجي من سيرة واجماع ولم يثبت ذلك في المقام . نعم يستثني من ذلك موردان بنحو الاستثناء المنقطع (احدهما) ما اذا قصد بالقبض او الاقباض انشاء التملك مستقلاً مع قطع النظر عن العقد اللفظي السابق (ثانيهما) ما اذا علم كل منهما برضاء الاخر تصرفه في ماله فيباح له التصرف مادام عالماً بذلك ولا يكفي في الاباحة عدم العلم بالرجوع كما افاده المصنف (ره) وذلك لان الاذن بالتصرف التحلالي فكل تصرف في كل آن لا بد له من اذن خاص به الا اذا كان الاذن المتيقن سابقاً بنحو الاستمرار ثم شك في ارتفاعه بالرجوع فحينئذ لا مانع من الاستصحاب هذا تمام الكلام في المعاطاة ،

البحث في شروط الصيغة

(١) قد ذكر في هذه المقدمة اموراً منها ان اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع

العقود مما نقل عليه الاجماع الا انه مختص بفرض القدرة مع الإنشاء القولي واما مع العجز كما في الاخرس ففي فرض عدم القدرة على التوكيل لاشكال ولا خلاف في عدم اعتبار اللفظ وقيام الاشارة مقامه وكذا مع القدرة على التوكيل لا لإصالة عدم الاشتراط لان الاشتراط هو الاصل بل لفحوى ماورد من ان طلاق الاخرس اشارته وتخصيصه بفرض العجز عن التوكيل تخصيص بالفرد النادر فيصح المعاطاة من الاخرس مطلقا كما يصح منه الانشاء بالاشارة والكتابة .

(ومنها) انه لو قلنا بأن الاصل في المعاطاة هو الزوم بعقد القول بافادتها الملك فالقدر الخارج صورة القدرة على مباشرة اللفظ واما غيرها فهو باق تحت الاصل .

(ومنها) ان الظاهر كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة واما مع التمكن منها فقد ترجح الاشارة لكونها اصرح في الانشاء (ثم بعد ذلك) شرع في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ من حيث المادة من كون اللفظ صريحا او كفاية الكتابة ومن حيث الهيئة الانفرادية كالماضوية ومن حيث الهيئة التركيبية كالمولات وتقدم الايجاب على القبول .

وقبل بيانها لابد لنا من التكلم في جهات (الاولى) فيما يقتضيه الاصل العملي عند الشك في شرطية شيء او ما نعيته مع فرض عدم وجود اصل لفظي رافع للشك وقد عرفت ان ظاهر المتن ان الاصل يقتضي الاشتراط وعدم ترتب الاثر على الفاقد لما يحتمل شرطيته (ولكن قد يقال) كما عن بعض المحشين انه مورد للبراءة فان حديث الرفع يعم الاحكام الوضعية وقد طبقه الإمام (ع) على نفي الصحة عن الحلف المكره عليه فاذا ارتفعت شرطيته لا يبقى مجال للتمسك باصالة عدم ترتب الاثر لان الشك فيه مسبب عن الشك في الشرطية .

(وفيه) ان حديث الرفع وان كان شاملا للاحكام الوضعية كما ذكره الا

انه لايعم الشرطية والممانعية لما بيناه مرارا من انه لايراد بهما في الاحكام الشرعية معناهما المصطلح بل الشرط الشرعي عبارة عن الامر الوجودي الماخوذ في موضوع الحكم او متعلقه والمانع عبارة عن الامر العدمي الماخوذ فيه فأن اخذا في الموضوع فلا محالة يكون الشرط شرطا للحكم التكليفي كالاستطاعة الماخوذة في موضوع وجوب الحج او الوضعي كالتعدد الماخوذ في موضوع الحكم بطهارة المغسول ويكون المانع مانعا عن الحكم وان اخذا في متعلق الحكم يكون الشرط شرطا للمتعلق والمانع مانعا عنه .

(وعليه) فرجع الشك في شرطية شيء للحكم الى الشك في حصول الأثر وترتبه على الفاقد للقيد المحتمل اعتباره وعدمه وليس ذلك مورداً للبرائة بل هو مورد لاصالة العدم .

(الجهة الثانية) اذا كان هناك عموم او اطلاق يقتضى صحة العقد او لزومه وثبت الاجماع على اعتبار شرطه في ذلك فالظاهر اختصاص اعتباره بصورة التمكن من ايجاد ذلك الشرط واما مع العجز فالاطلاق محكم للزوم الاقتصار على القدر المتيقن في المخصص او المقيّد اللبي وفي غيره يرجع الى المطلق او العام (وعليه) فيكتفي في عقد الاخرس بغير اللفظ من الانشاء بالإشارة او الكتابة المقصود بها الانشاء او المعاطاة بعد كونها مصداقا للبيع او العقد عرفا على ما هو الصحيح سواء كان متمكنا من التوكيل ام لم يكن من دون حاجة الى التمسك بفحوى ماورد في الطلاق او غيره (نعم) تكون الفحوى مؤيدة للعمومات والمطلقات (ويلحق بالاخرس) فيما ذكرنا غيره ممن لايقدر على الانشاء اللفظي لمرض او ضطرار او جهل كل من المتبايعين بلغة الاخر او غير ذلك .

(الجهة الثالثة) ربما يقال بتقديم الإشارة على الكتابة لانها اصرح فان الكتابة قد تكون لاجل التعليم والتمرين بخلاف الإشارة وربما تقدم الكتابة على

قوله : (ره) اما الكلام من حيث المادة الخ (١)

الاشارة لكونها اضبط (وفيه) انه لو سلمنا الصغرى فلاريب في ان الكبرى ممنوعة اذ لا دليل على الترجيح بالاصحيه او الاضبطيه والا لزم ترجيح الكتابة على الانشاء اللفظي ايضاً لأنه اضبط منه فالصحيح كما ذكرنا صحة الانشاء بكل ما يكون مصداقاً له عرفاً سواء كان لفظاً او كتابة او اشارة او تعاطيا من الطرفين او اعطاء من طرف واحد او غير ذلك من غير ترتيب بينهما (نعم) في خصوص الطلاق يستفاد الترتيب بين الكتابة والاشارة من النص (١) ولكنه مختص بمورده ولا يتعدى عنه ولا وجه لما ذكره السيد (قده) في الحاشية من كون الترتيب المذكور في النص انما هو من باب بيان طبع المطلب فان ظهوره في التعيين غير قابل للانكار .

هذا كله في اعتبار اصل اللفظ ويقع الكلام في خصوصياته .

(١) تفصيل الكلام في المقام انه لا اشكال في وقوع العقد بالالفاظ الصريحة في انشاء العقد كما لاريب في وقوعه بالالفاظ الظاهرة فيه بحسب الوضع الحقيقي وان احتمل ارادة غير معناه مجازاً كما اذا انشأ الاجازة بقوله آجرتك الدار واحتمل ارادة الودعة بها مجازاً فانه يدفع باصالة الحقيقة والظهور وان كان ناشئاً من الاطلاق كما اذا قالت زوجتك نفسي واحتملنا انها ارادت بها الانقطاع

(١) في الوسائل ج ٣ ص ١٤٩ باب ١٨ في الطلاق الصدوق باسناده عن البنظري قال سألت ابا الحسن الرضى (ع) عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت ولا يتكلم قال اخرس هو قلت نعم ويعلم منه بغض لامراته وكراهة لها يجوز ان يطلق عنه وليه قال لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها قال بالذى يعرف به من حاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها (عبد الرزاق المقرم) .

(واما وقوعه بالكنائيات) والمراد بالكنائية استعمال اللفظ في معناه الحقيقي فيما اذا لم يكن مقصودا بالاصالة بل كان المراد اصالة لازمه كما في قولهم زيد كثير الرماد فإنه وان استعمل في معناه الحقيقي الا ان المقصود تفهيمه بالاصالة انما هو لازمه اعني الجود بل قد لا يكون لزيمه رماد اصلا فاذا انشأ العقد بالكنائية كما اذا قال احد لغيره اصرف هذا المال في مطبخك فأن كان اللزوم بيننا عرفاً يصح ذلك من غير فرق بين كون اللازم لازماً مساوياً او اعم للمعنى الحقيقي .

(واما وقوعه بالالفاظ المجازية) فقد صرح جماعة بعدمه وربما فصل بين المجازات القريبة والبعيدة ويظهر من المصنف اعلا الله مقامه التفصيل بين ما اذا كانت القرينة على ارادة المعنى المجازي مقالية او حالية بدعوى البناء على عدم العبرة بغير الالفاظ في انشاء العقود اجماعاً (والصحيح) وقوعه بها مطلقاً من غير فرق بين المجاز القريب والبعيد ولا بين كون القرينة مقالية او حالية .

(وليت شعري) في اي مورد بني على اعتبار اللفظ في القرينة واي اجماع قام على ذلك فان ما بني عليه بالاجماع انما كان اعتبار اللفظ في اصل انشاء العقد لا القرينة عليه (نعم) اذا كان الاستعمال المجازي في مورد غلطاً عرفاً وان كان المراد معلوماً نظير ان يشير الى الرمان ويقول كل هذا الحجر فانه غلط وان كان المراد واضحاً وكان يقول وهبتك موكلتي مريداً بها التزويج او يقول اجرتك الدار مريداً بها الوديعة لا يصح لان العناوين المأخوذة في الادلة ظاهرة في العقود العرفية ولا يصدق ذلك اذا كان الاستعمال غلطاً عرفاً ولعل هذا هو المراد من المجاز البعيد في كلمات الفقهاء .

(واعجب من هذا) التفصيل ما حكاه المصنف (ره) في الانشاء المشترك اللفظي او المعنوي من انه اذا كانت القرينة المعينة حالية او لفظية سابقة على العقد لا يصح انشاء العقد به وقد ظهر فساد .

قوله : (ره) منها لفظ بعث في الايجاب الخ (١)

قوله : (ره) واما لفظ شريت الخ (٢)

(وبالجمله) كلما كان اللفظ المنشأ به العقد مصداقاً له عرفاً صح لشمول اطلاقات الادلة له من غير فرق بين كونه صريحاً او كناية حقيقية او مجازاً قريباً او بعيداً كانت القرينة لفظيه او عقلية وقد خرج عن ذلك موردان احدهما بالتخصيص والاخر بالتخصيص اما ما خرج بالتخصيص فهو الطلاق حيث اعتبر فيه اللفظ الخاص بالنص واما ما خرج بالتخصيص فهو ما اذا انشأ العقد بلفظ بعد استعماله فيه غلطاً عرفاً كما اذا انشأ البيع بلفظ اكلت فانه وان كان مفهوماً للمراد شخصاً وقلنا ان العقد عبارة عن الاعتبار المبرز الا انه ليس مصداقاً له عرفاً فلا يعمه الا اطلاقات هذا كله في الكبرى بقي الكلام في تشخيص بعض صغرياتها .

(١) لا اشكال في صحة انشاء البيع وايجابه بلفظ بعث وتوهم ان البيع بحسب تعريف المصباح فعل الاثني فاستعماله في فعل الواحد وهو تبديل العين بالمال مجاز (مدفوع) بانه وان سلم ذلك الا ان استعماله في التبديل كثير شائع في العرف غير محتاج الى القرينة فلا مانع منه .

(٢) نفى الاشكال اولاً عن تحقق ايجاب البيع بلفظ شريت وذكر انه موضوع للتملك بالبيع على ما يظهر من القاموس وانه قد استعمل بمعنى البيع في القرآن المجيد في موارد عديدة منها قوله (تعالى) (وشروه بثمان بنحس دراهم معدودة) ثم استشكل في صحته من جهة قلة استعماله في البيع عرفاً وخلو كلام القدماء عن الايجاب به (وفيه) من المناقضة ما لا يخفى فانه نفى الاشكال عن الصحة اولاً ثم وجهه بعد ذلك (على ان) اتباع القرآن المجيد هو المتعين خصوصاً بعد تصريح اهل اللغة فانه المتعين ولا يعتنى في قبال ذلك بخلو كلام القدماء عنه فالحق صحة انشاء البيع

قوله : (ره) ومنها لفظ ملكت بالتشديد (١)

قوله : (ره) واما الايجاب باشتريت (٢)

بقوله شريت .

(١) حاصل ما افاده (ره) ان لفظ ملكت بالعوض مرادف للبيع ولذا عرف به كمرادفة الانسان للحيوان الناطق حيث لا فرق بينهما الامن حيث بساطة المفهوم وتركبه (نعم) لفظ ملكت مجرداً عن ذكر المتعلق منصرف الى الهبة فلو اريد بلفظ ملكت بالعوض انشاء الهبة المعوضة او قصد به المصالحة بني صحته على صحة العقد بالالفاظ المجازية ولكن السيد الطباطبائي (قده) حيث استظهر ان ما جعله المصنف (قده) مبنياً على صحة العقد بالالفاظ المجازية انما هو انشاء العقدين بلفظ ملكت ولم يلتفت الى ان الأشكال من جهة الانشاء بالتملك بعوض (اورد عليه) بما حاصله ان صحة انشاء الهبة غير المعوضة مستلزمة لصحة انشاء الهبة المعوضة ايضاً لأن حقيقة في كليهما واحدة والتملك مجاني .

(ولكن الظاهر) ان مراد المصنف (ره) انشاء الهبة المعوضة او الصلح بلفظ ملكت بالعوض مع المتعلق ولا اشكال في كونه مجازاً في الهبة المعوضة التي يكون التملك فيها مجانياً وهكذا في الصلح فان واقع التسالم وان كان متحققاً في جميع العقود الا ان المنشأ في الصلح المصطلح انما هو مفهوم التسالم واستعمال التملك بالعوض فيه مجاز كما هو ظاهر .

(٢) جريان الإشكال المتقدم في شريت اولى لعدم استعمال اشتريت في البيع في القرآن الكريم الا في مورد واحد على ما ذكره بعض المفسرين وهو قوله (تعالى) (بشما اشتروا به انفسهم) حيث ذكروا انه لا معنى لشراء الانسان نفسه فلا بد وان يراد بالاشتراء في الآية البيع (ولكننا بينا) في بحث التفسير امكان ابقائه على ما هو ظاهره من الشراء المتعارف بأن يكون المعنى شراء بعضهم نفس البعض الاخر

قوله : (ره) والاتكال في تعيين المراد الخ (١)

على ما هو ظاهر اضافة الجمع الى الجمع كما في قوله (تعالى) (فاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ) اذ ليس المراد منه ان يقتل كل منهم نفسه بل المراد قتل بعضهم بعضا .

فالظاهر من الآية التي هي واردة في علماء اليهود وعوامهم على ما استفاد من مقارناتها انه بثس ما اشترى العوام به انفس علمائهم فان العلماء باعوا انفسهم من العوام تحفظا على مقامهم وجاههم وبثس ما اشترى به العلماء نفس عوامهم فانهم باعوا انفسهم من العلماء خوفا او طمعا .

وقد فسره بعض المفسرين ايضاً بالشراء المتعارف الا انه وجهه بتوجيه فاسد وكيف كان لم نجد استعمال الاشتراء بمعنى البيع في شيء من الايات حتي الآية المزبورة (لكن) مع ذلك يصح ايجاب البيع به لما عرفت من جوازه بكل لفظ كان مصداقا للبيع عرفا (وربما نوقش) في صحة ذلك بان الاشتراء من باب الافتعال وهو ظاهر في المطاوعة وهي قبول فعل الغير فكيف يصح استعماله في الايجاب .

(وفيه) ان الافتعال وان كان للقبول الا انه ليس لخصوص مطاوعة فعل الغير بل يصح اطلاقه في مورد قبول الطبيعة اعني فعل نفسه كما في الاكتساب والابتداع ونحوه اذ لا يراد به قبول كسب الغير او ابداع الغير بل المراد به قبول طبيعي الكسب والابداع (والحاصل) جواز ايجاب البيع بكل من هذه الالفاظ بل وبغيرها مما يكون مصداقا للبيع عرفا كلفظ نقلت وما شاكله .

(١) في بعض النسخ بدل والاتكال (والاشكال) وهو غلط مطبعي وحاصل ما افاده ان الاتكال في تعيين المراد من لفظ اشتريت ونحوه المستعمل في الايجاب بقرينة تقديمه لأن تقديم الايجاب اما لازم او غالب غير صحيح لعدم جواز الاعتماد على القرينة الغير اللفظية في تعيين المراد من الفاظ العقود الا ان يدعى ان اعتبار الصراحة انما هو في اصل انشاء العقد او تعيينه لاني تمييز الموجب

قوله : (ره) واما القبول (١)

قوله : (ره) بلفظ الامضاء والاجازة والانفاذ (٢)

عن القابل ثم استشكل فيه .

ونقول قد عرفت عدم اعتبار اللفظ الصريح في اصل انشاء العقد والاكتفاء في تعيينه بالقرائن الحالية فضلا عن تمييز البائع عن المشتري على ان تعيين الموجب والقابل غير دخيل في صحة العقد اصلا هذا في الفاظ الايجاب .

الفاظ القبول

(١) لا اشكال في وقوعه بلفظ قبلت ورضيت وابنعت وشريت واشتريت وملكت بالتخفيف وتملكت ونحو ذلك مما هو مصداق للقبول عرفا وانما الكلام في وقوعه بلفظ ملكت بالتشديد او بعت الظاهرين في التملك الابتدائي (ولكن على ما اخترناه) يجوز ذلك اذ غايته ان يكون من انشاء القبول بالألفاظ المجازية بل لو قلنا بان البيع مشترك بين البيع والشراء يكون انشاء القبول به من الإنشاء باللفظ المشترك وكلاهما صحيح كما عرفت (بل يمكن ان يقال) بكفاية الإيجاب من الطرفين في صحة العقد ولو لم يكن في البين قبول اصلا كما اذا انشأ كل منهما تبديل عين ماله بشخص مال الآخر مقارنة فقال احدهما بعت دارى ببستانك والآخر قال بعت بستاني بدارك صح ذلك لصدق عنوان العقد والتجارة عن تراضى على ذلك فأن العقد عبارة عن الإلتزامين المربوطين احدهما بالآخر وهو متحقق في الفرض كما ان التجارة عن تراض لم يؤخذ فيها بالإيجاب والقبول .

نعم لا يصدق على ذلك البيع والشراء كما لم يصدق على ما اذا قصد كل منهما خصوصية مال الآخر فلا يترتب عليه الآثار المترتبة على البيع .

(٢) قد يستشكل فيه كما عن بعض المحشين من جهة ان الامضاء والنفاذ انما

قوله : (ره) لو اوقعا للعقد بالالفاظ المشتركة (١)

قوله (ره) فلا يبعد الحكم بالتحالف ثم عدم ترتب الآثار (٢)

يلحق العقد التام القابل لذلك مع قطع النظر عن الامضاء كعقد الفضولي والمكره واما الإيجاب فقط فهو مع قطع النظر عن الإمضاء لا يكون عقدا أصلا (وفيه) انه لا مانع من ابراز القبول بكل لفظ كاشف عنه عرفا فيتحقق العقد بنفس الإمضاء ،

(١) لا ينحصر الاختلاف بما اذا اوقعاه بالالفاظ المشتركة كما فرضه المصنف (ره) بل يمكن تصوير الاختلاف فيما لو اوقعاه بالالفاظ المختصة ولكن ادعى كل منهما انه قال بعت والآخر قال قبلت او بالعكس .

(٢) الظاهر انه ليس للبيع اثر مختص به نعم يترتب الخيار على خصوص الشراء في بيع الحيوان فاذا كان احد العوضين حيوانا وادعى من انتقل اليه الحيوان انه كان مشتريا وادعى الاخر انه كان بائعا (وعليه) لا يكون هذا الاختلاف من باب التداعي بل يكون مدعى اللزوم منكر موافقة قوله الأصل ومدعي الجواز والفسخ مدعي مخالفة قوله الأصل فان مرجع اختلافهما الى ذلك (نعم) لو كان كل من العوضين حيوانا وادعى كل منهما انه المشتري صح مع التحالف .

وبالجملة لو اقتصرنا في تعيين المدعي والمنكر بما هو مدلول مطابق لكلامهما كان المقام من قبيل التداعي لأن كلا منهما أمراً ولازمه نفي ما يدعيه الآخر واما لو جعلنا الميزان في ذلك لوازم الكلام والآثار المترتبة عليه فالحكم ما بيناه ولعل المصنف (ره) رجح الثاني فنفي البعد عن كون الفرض من باب التداعي .

قوله : (ره) اعتبار العربية في العقد للتأسي (١)
قوله : (ره) وهل يعتبر عدم اللحن الخ (٢)

اعتبار العربية

(١) استدل على اعتبار العربية في العقد بوجوه ثلاثة الأول التأسي فان النبي (ص) والأئمة (ع) كانوا ينشئون العقود بالعربية والتأسي بهم واجب (الثاني) الأولوية فان عدم صحة العقد الواقع بالعربي غير الماضي يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولي (الثالث) ما حكاها المصنف (ره) عن بعضهم من المنع عن صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي (اما الوجه الأخير) ففساده ظاهر واما الوجه الثاني فيرده ان فساد العقد العربي الواقع بغير صيغة الماضي انها يقتضي فساد العقد العجمي الواقع بغير الماضي بالألوية ولا يقتضي فساد العقد العجمي مطلقاً (واما الوجه الأول) فيدفعه ان التأسي بهم انها يجب في خصوص الأحكام الشرعية دون الامور العادية ولذا لم يتوهم احد لزوم التكلم بالعربي مطلقاً تأسيّاً بهم (على ان التأسي) لو فرضناه واجبا فانها هوفي الوجوب التكليفي وهو لا يستلزم الوجوب الشرطي الوضعي فلم يثبت دليل على اعتبار العربية في العقود (وعليه) فبناء على ما هو الصحيح من ثبوت العموم او الإطلاق لأدلة صحة العقود لا بد من التمسك بها لاثبات صحة كل ما يكون مصداقاً للعقد عرفاً سواء كان عربياً او غيره الا في الطلاق للنص الدال على اعتبار اللفظ الخاص به وكذا النكاح للاحتياط لكون المورد من الموارد المهمة لدى الشارع .

(واما اذا فرضنا) عدم تمامية الإطلاق لتلك الأدلة وكان الدليل على صحة العقود هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن اعني العقد العربي دون غيره .
(٢) هذه هي المسألة الثانية وهي غير متوقفة على اعتبار العربية في العقود

قوله : (ره) هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول (١)
قوله : (ره) ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا (٢)

وحاصلها اعتبار عدم اللحن في الفاظ العقد من حيث المادة والهيئة وعدمه سواء كان عربياً او عجمياً او عدمهما (ظاهر المصنف ره) تقوية الأول بناء على لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل (ونقول) ان كان اللحن في الهيئة او المادة متعارفا كما تعارف التعبير عن زوجت بلفظ جوزت وعن بعت بلفظ بعت بكسر العين فلا ينبغي الاشكال في صحته لصدق العنوان عليه عرفا واما اذا كان لحناً شخصياً كما اذا قال بعت بالمعجمة عوض بعت يكون ذلك فاسداً وهكذا في غير العربي .

(١) قواه المصنف (ره) بناء على ما حكاه عن الشهيد في (غاية المراد) من وحبوب ذكر العوضين في الايجاب (ولكن الظاهر) عدم اعتباره لعدم الدليل على العربية في ذكر العوضين وغيرهما من متعلقات العقد كالشرط ونحوه سواء وجب ذكرها في متن العقد او لم يجب (مضافاً) الى ان ذكر العوضين في العقد غير لازم اصلاً اذا كانا معلومين من المقابلة السابقة او غيرها وهكذا الشرط .

(٢) هذه مسألة غير مترتبة على اعتبار العربية في العقد كما يظهر من المتن وقد استظهر المصنف (ره) اعتبار علم العاقد تفصيلاً بمعاني الألفاظ التي يستعملها في انشاء العقد ويستعمل كل منها في معناه بان يعرف مثلاً ان لفظ البيع معناه التملك بالعوض ولفظ التاء للمتكلم وهكذا ليكون الاستعمال مستنداً الى الوضع ولا يكفي علمه اجمالاً بان هذه الجملة مضمونها هذا المعنى ويستعمل الجملة في المضمون فانه ليس استعمالاً مستنداً الى الوضع (ولكن الصحيح) عدم اعتبار ذلك بعد صدق العقد عرفاً على انشاء المضمون بمجموع الجملة ولو لم يكن الاستعمال على طبق قانون الوضع وليس هذا الا كالاخبار عن قيام زيد بجملة زيد قائم مع عدم تمييز

قوله : (ره) المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماڤويه (١)

معنى القائم عن معنى لفظ زيد .

اشتراط الماڤويه

(١) وجه المصنف (ره) اعتبار الماڤويه فى العقود بوجهين احدهما صراحة الماڤي فى الانشاء واما المستقبل فهو اشبه بالوعد والامر بالاستدعاء ثانيهما ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف ثم حكى عدم اعتبارها عن القاضى ووجهه باطلاق البيع والتجارة وعموم العقود وما دل على بيع الآبق وبيع اللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع وفحوى ماورد فى النكاح ثم قواه لكن قيده بما لو فرض صراحة المضارع فى الانشاء على وجه لا يحتاج الى قرينة المقام ثم عقبه بقوله (فتأمل) (ونقول) اما ما ذكره من عدم تعارف الانشاء بالمضارع (ممنوع اولا) فيما يكون ظاهرا فى الانشاء عرفا من المضارع والأمر كقولهم (خذ) فى مقام انشاء الهبة فان استعماله شايع وان كان الانشاء بصيغة الماڤي اغلب (نعم) قد لا يكون المضارع او الأمر ظاهرا فى الانشاء اصلا فلا يصح لامن جهة كونه خلاف المتعارف بل لعدم كونه مصداقا للعقد العرفى ولا كلام لنا فى ذلك لان البحث كبروي .

(وثانيا) انه لا اعتبار بالتعارف وعدمه بعد كون الصيغة مبرزة للاعتبار النفساني عرفا وتحقق مصداق العقد خارجا وهو الالتزامين المربوطين (ودعوى) انصرف الادلة الى المتعارف (فاسدة) لوجه لها .

(واما ما ذكره) من عدم صراحة المضارع والامر فى الانشاء ثم تقييد جواز الانشاء بالمضارع بما اذا فرض صراحته فى الانشاء (ففيه) ان الصراحة من حيث الهيئة غير معتبرة جزماً اذ ليس فى هيئات الفاظ العقود ما تكون متمحضة فى الانشاء

قوله : (ره) الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب (٢)

حتى هيئة الماضي فانها تستعمل في الاخبار كثيرا .
ثم انه كان ينبغي للمصنف (ره) التعرض للأنشاء بالجملة الاسمية والظاهر كونه متعارفا ايضا عند الناس فينشئ الهبة بقوله هذا لك بدون ذكره العوض والبيع مع ذكره كما يتعين انشاء الطلاق بالجملة الاسمية على النحو الخاص وهو صحيح على ما عرف (نعم) بعض الجملة الاسمية غير ظاهرة في الإنشاء اصلا كقوله انا بائع او انت مشتري او هذا مبيع او مشتري باضافة البيع او الشراء الى العين الا ان بيانها خارجة عن محل البحث لما عرفت ان البحث كبروى لا صغروي .
(فتحصل) عدم اعتبار هيئة خاصة في الفاظ الايجاب والقبول هذا كله في الخصوصيات المعتبرة في الفاظ الايجاب والقبول من حيث المادة والهيئة الأفرادية وفي المسألة الآتية نتكلم فيما يعتبر فيهما من حيث الهيئة التركيبية .

تقديم الايجاب

(١) ادعي الاجماع على ذلك وذكر المصنف (ره) خلاف الشيخ لهم في النكاح من المبسوط وان وافقهم في كتاب البيع منه واحتمل كون ما ذكره في كتاب النكاح عدولا عما اختار في كتاب البيع وكيف كان لم يتحقق في المقام اتفاق اصلا فلا يهملنا التعرض لخلاف الشيخ (ره) وانه عدول او من باب التفصيل بين البيع والنكاح او غير ذلك فالمعتمد هو الأدلة وما يستفاد منها (والمصنف ره) فصل في ذلك بين الفاظ القبول والظاهر انه اول من فصل في المقام وحاصل ما افاده ان انشاء القبول ان كان بلفظ ملكت وتملكت او اشترت ونحوه مما هو ظاهر بنفسه في انشاء التملك والتملك التبعية فلا بأس بتقديمه على الايجاب اذ لا يعتبر في صدق العقد عنوان القبول بل هو متقوم بالتزامين مبرزين احدهما

مربوط بالآخر وتوهم كون الفعل والإفعال للمطابقة فكيف يتقدم على الإيجاب قد عرفت دفعه .

وأما إذا كان بلفظ قبلت أو رضيت ونحوه مما ليس له في نفسه مجردا عن سبق الإيجاب ظهور في انشاء التملك نظير تحريك الرأس وظهوره في الأمر أو النهي إذا كان مسبوقا بالسؤال وعدم ظهوره فيهما إذا لم يكن كذلك فلا يجوز تقديمه على الإيجاب لعدم كونه حينئذ انشاءا للتملك والتمليك الذي هو أحد ركني المعاوضة بل غاية مدلوله الرضا بما ينشؤه الموجب فيما بعده هذا بخلاف قبول المعاوضة المنشأة سابقا فانه انشاء للتملك والتمليك حالا .

وهذا هو مراده (قده) من تبعية القبول للإيجاب وكونه فرعاً له ولذا اشكل على ما حكى عن بعض المحققين في رد الدليل المزبور من أن التبعية في المقام تبعية فرضية تنزيلية وهي متحققة قدم القبول أو آخر (بما حاصله) أن القبول المعتبر في العقد ليس مجرد الرضا وإنما هو انشاء للتملك والتمليك كما تقدم وهو لا يتحقق بلفظ قبلت ونحوه إلا إذا سبقه الإيجاب ثم تعرض لتقدم القبول بلفظ الأمر على الإيجاب وأنه غير جائز لأن غاية ما يدل عليه الأمر المتقدم إنما هو الرضا بالمعاوضة المستقبلية ولا يدل على النقل بالحال .

(ثم قال في بعض الصغريات) أن ما ذكرناه جارٍ في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالإجارة والنكاح وأما مالا انشاء في قبوله (اللفظ قبلت) أو ما يتضمنه كارتفعت في الرهن وانتهت في الهبة واقتضت في القرض فلا يجوز فيه تقديم القبول على الإيجاب مطلقاً لما تقدم من عدم دلالة تلك الألفاظ على انشاء القبول إذا لم يسبقه الإيجاب فالمانع اثباتي وهو عدم وجود اللفظ الدال على انشاء القبول مستقلاً .

وأما المصالحة المشتملة على المعاوضة فيما أن الالتزام الحاصل من كل منهما

نظير الالتزام المنشأ من الآخر ولا ميز بين الموجب والقابل من غير جهة التقدم والتأخر فإن البادى في الصلح يكون موجبا والآخر قابلا وقد انعقد الاجماع على توقف العقد على القبول لزم ان يكون الالتزام من الآخر بلفظ القبول ونحوه لثلا يلزم تركب العقد من ايجابين فاذا انحصر فيه القبول بلفظ قبلت ونحوه تعين تأخيره عن الايجاب لما تقدم بيانه انتهى ملخصاً .

وحاصله المنع من تقدم القبول فيما اذا انشأ بلفظ دال على المطاوعة من جهة المادة او الهيئة سواء امكن انشاؤه بغيره او لم يمكن .

(ونقول) أما ما ذكره في انشاء القبول بلفظ قبلت ونحوه فانما يتم فيما اذا لم يذكر متعلقه في الكلام ولم يكن متعيناً من مقابلة سابقة ونحوها بحيث لم يتحقق له الظهور اصلاً واما فيما تم ظهوره في انشاء التملك بعوض فلا مانع من تقديمه على القبول لعموم الأدلة وقد عرفت ان بحثنا كبروي لا صغروي .

وعلى ما ذكرناه لا نحتاج الى التمسك بفحوى رواية سهل (١) التي ذكرها

(١) سهل المذکور هو سهل بن سعد الساعدي وحديثه مروي في صحيح مسلم كتاب النكاح باب جواز كون الصداق تعلم القرآن وفي صحيح البخاري كتاب فضائل القرآن باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه وفي باب القراءة عن ظهر القلب وفي كتاب النكاح باب المهر بالعروض وخاتم حديد وفي سنن الترمذي على هامش شرحه لابن العربي المالكي ج ٥ ص ٣٤ كتاب النكاح باب مهور النساء . وفي سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٨٤ كتاب النكاح باب صداق النساء . وفي سنن النسائي ج ٢ ص ٨٢ كتاب النكاح باب التزويج على سورة من القرآن . وفي سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٣٦ رقم ٢١١١ كتاب النكاح باب التزويج على العمل بعمل .

وفي موطأ مالك ج ٢ ص ٦٣ كتاب النكاح باب ماجاء في الصداق والحباء ، -

شهرتها بين الفريقين وان لم نجد لها كذلك وأما ما ذكره من الفرق بين القرض والهبة ونحوهما وبين البيع ونظائره (ففيه) انه كما يمكن انشاء قبول البيع او الإجارة بلفظ ملكت او تملكك كذلك يمكن انشاء القبول في القرض بلفظ تملكك بالضمان وفي الهبة بلفظ تملكك مجاناً وهكذا . وأما ما ادعاه في الصلح من الإجماع على توقف العقد على القبول فهو مناف لما ذكره سابقاً من ان المسلم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب وأما تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطوعة وقبول الأثر فلا .

(على انا لو سلمنا) اعتبار المطوعة في العقد فليس المراد بها مطوعة فعل الموجب بمعناه المصدري فانه غير معتبر قطعاً بمعناه الاسم المصدري اعني المنشأ من المبادلة ونحوها كما مر في الاكتساب والاحتطاب وهي غير متوقفة على تحقق الإيجاب .

(فالتحقيق) ان الانشاء الصادر من الموجب اما ان يكتفي في ترتب اثره عليه

— وفي سنن البيهقي الكبرى ج ٧ ص ٥٧ كتاب النكاح باب ما ايسح له من الزواج بالمرأة من غير استثمارها .

وفي منتقى الاخبار لابن تيمية على هامش شرحه نيل الاوطار للشوكاني

ج ٦ ص ١٤٥ كتاب النكاح باب جعل القرآن صداقاً .

وورد مضمونه في اصول اصحابنا الامامية في الوسائل ج ٣ ص ١٠٣ كتاب

النكاح باب جعل المهر تعليم شيء من القرآن عن الكافي للكليني عن ابي جعفر

الباقر (ع) وذكر مضمونها وهو مجيء المرأة الى النبي (ص) وما جرى بينهما

وعقبها المجلسي في مرآة العقول ج ٣ ص ٤٦١ بان مضمونها متفق عليه بين الفريقين .

(عبد الرزاق الموسوي المرقم)

قوله ره : ومن جملة شروط العقد الموالاة (١) .

من دون حاجة الى انشاء اخر غاية الامر انه محتاج الى رضاه فيكون في الحقيقة ايقاعاً مشروطاً بالرضا كما في الوصية التمليلية على القول باعتبار اذن الموصى له فيها تمسكاً بفحوي قوله (الناس مسلطون على اموالهم) فان انتقال المال الى الانسان قهراً عليه منافع لسلطته واعتبار الرضا حيثئذ يشابه اعتبار رضا العمّة والحالة بالتزويج عليها وفي مثل ذلك يكتفى بما يكون مبرزاً للرضا وان كان متقدماً على الايجاب (واما مايتوقف) فيه ترتب الاثر على الانشاء من الطرف الاخر فلا مناص من كون ما يصدر منه مبرزاً لأعتباره النفساني على ما تقدم من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ذلك فان تحقق تم العقد وترتب اثره عليه تقدم الايجاب او تأخر وان لم يتم ذلك لم يترتب الاثر لعدم تمامية العقد فصح ان يقال انه لا يعتبر تقدم الايجاب على القبول مطلقاً .

(وبما ذكرنا ظهر) ما في كلام المحقق النائيني (قده) من منع تقدم القبول على الايجاب مطلقاً بدعوى اعتبار المطاوعة في القبول وهي لا تتحقق الا مع التأخر.

الموالاة

(١) حكى المصنف اعلا الله مقامه عن قواعد الشهيد (قده) اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول فانه ماخوذ من اعتبار الاتصال بين الاستثناء والمستثنى منه وحيث ان الارتباط بين الاستثناء والمستثنى منه في الكلام في غاية الشدة بحيث يوجب الاستثناء قلب المستثنى منه من المدح الى الذم ومن الصدق الى الكذب ومن الايمان الى الكفر ومن الاقرار الى الانكار وبالعكس كان اعتبار الموالاة بينهما في غاية الوضوح ولذا لو فصل بينهما لايصح الاستثناء فاذا اقر لزيد بمقدار ثم بعد يوم استثنى منه شيئاً عد ذلك انكاراً بعد الاقرار واذا انكر (صانع العالم) حكم

قوله ره : فالعقد المركب (١) .

بكفره وان استثنى بمدة (الله تعالى شأنه) الى غير ذلك .

واعتبار الموالاة وان كان ثابتاً في كل قرينة وذيها ولذا قلنا ان المخصص المنفصل انما ينافي العام في حجتيه لافي ظهوره الا انه من جهة وضوحه في الاستثناء والمستثنى منه جعل مأخذاً لاعتبارها في سائر الامور المتصلة او انتقل منه اليها . ثم رتب على ذلك فروعا من فورية استنابة المرتد والسكوت الطويل في اثناء الاذان والقرائة والتشهد والايام في الجمعة والجماعة (ولكن الظاهر) عدم ترتيب شيء منها على ذلك كما بينه المصنف (ره) كما لا يترتب على ذلك اعتبار الموالاة في العقود فلا بد من التكلم فيما استدل به على اعتبارها فيها .

(١) حاصله ان العقد عبارة عن الكلام المرتبط بعضه ببعض فاذا تخلل الفصل بين ايجابه وقبوله لم يحصل الارتباط فلا يتحقق عنوان العقد وزاد على هذا الاستدلال المحقق النائيني (قده) دليلاً آخر وهو ان العقد عبارة عن الخلع واللبس نظير خلع الثوب من شخص وان يلبسه شخص اخر فتخلل الفصل يوجب تحقق الخلع مع عدم ثبوت اللبس .

(ونقول) ما ذكره النائيني (قده) من الخلع واللبس فيه ان الخلع واللبس امر اعتباري فان اريد اعتبار الموجب فكلا الامرين موجود في اعتباره وان اريد اعتبار العقلاء او الشارع فلا يتحقق في اعتبارهما شيء من الامرين قبل تحقق القبول (واما ما ذكره المصنف ره) ففيه اولاً ما افاده من عدم انحصار الدليل بما هو مشتمل على عنوان العقد فنفرض عدم صدق العقد عند عدم الموالاة الا ان في بقية الأدلة كاحل الله ونحوه كفاية (ولا يتوهم) ان لازمه عدم امكان الحكم بلزوم مثل ذلك العقد لان دليل اللزوم منحصر (بعموم اوفوا بالعقود) وبقية الأدلة دليل للصحة (وذلك) لا مكان التمسك للزوم بقوله (تعالى) (لاتاكلوا اموالكم

قوله ره : من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز في العقد (١) .

بينكم بالباطل) فان الاكل بالفسخ ليس تجارة عن تراض فيكون من الاكل بالباطل .
(وثانيا) ان العقد وان اعتبر فيه الارتباط الا انه ليس اسما للمبرز اعني اللفظ وانما هو اسم للمبرز اعني الالتزامين والارتباط معتبر فيهما فاذا تحقق التزام الموجب وبقي موجودا في نفسه ولو بحيث لا ينافيه النوم والغفلة يرتبط به القبول المتأخر عند تحققه فيتحقق عنوان العقد بل السيرة القطعية قائمة على عدم اعتبار الموالة في بعض موارد المعاطاة كاهداء شيء الى احد من بلد بعيد بحيث يفصل بينه وبين وصول المال الى المهدى له وقبوله زمان طويل .

(ودعوى) الفرق بين المعاطاة والعقود اللفظية واضحة الفساد (وما ذكره المحقق النائيني قده) من عدم الفصل بين الاعطاء والقبول في امثال ذلك لان الاعطاء يكون زمانه طويلا نظير من مسدّ يده من المشرق واهدى الى غيره في المغرب فان نفس فعل الاعطاء يحتاج الى زمان (مردود) بمخالفة الوجدان وهكذا السيرة قائمة على صحة المعاملات الدارجة (بال تلفون والبرقية والمكاتبة) مع عدم الموالة بين الايجاب والقبول فيها والتفصيل في الموالة بين الزمان الطويل والقصير كما ترى ولذا اشكل من اعتبار الموالة في الفصل بينهما حتي بالتحميم والصلاة على النبي وآله (ع) فصيح ان يقال ان الموالة بين الايجاب والقبول غير معتبرة في العقود مطلقا (نعم) لا بد من بقاء التزام الموجب وعدم رفع اليد عنه حتي يرتبط به التزام القابل عند تحققه .

التنجيز في العقد

(١) ادعى الاجماع على ان التعليق في العقد مطلقا موجب لفساده سواء

صرح به باداة الشرط بان يقول انت وكيل اذا كان يوم الجمعة او كان التعليق لازما للكلام كما اذا قال انت وكيل في يوم الجمعة لرجوعه الى قضية شرطية مقدمها ثبوت الموضوع فالمعنى اذا تحقق يوم الجمعة فانت وكيل لا ان يرجع القيد الى ما تعلق به التوكيل لا الى نفس الوكالة كما اذا صرح بذلك بان قال وكلتك في بيع دأري ولا تبعها الا في يوم الجمعة أو قال انت وكيل في بيع دأري يوم الجمعة بأن كان الظرف متعلقا بالبيع لا بالوكالة .

ثم ان كلمات الاصحاب على ما ذكرها المصنف (ره) مختلفة فظاهر جملة منها مبطلية التعليق مطلقا سواء كان على امر معلوم العدم او معلوم التحقق او مشكوكا فيه وظاهر بعضها خروج الفرض الاول عن مورد البحث فإن التعليق على امر مقطوع العدم مبطل على اي تقدير سواء اعتبرنا التنجيز ام لم نعتبره اما على الاول فواضح واما على الثاني فلعدم تحقق المعلق عليه .

ومن هذه الجهة قسمه المصنف (ره) الى اقسام ثمانية فان المعلق عليه اما يكون معلوم التحقق واما يكون محتمل التحقق وعلى التقديرين اما ان يكون امراً حالياً واما ان يكون استقبالياً وعلى التقادير الاربعة اما يتوقف عليه صحة العقد شرعا واما لا يكون كذلك فالاقسام ثمانية .

ولكن الاولى جعل الاقسام اثني عشر فان المعلق عليه على التقادير الاربعة اما يتوقف عليه حقيقة المنشأ وواقعه كتوقف البيع على القبول او الطلاق على الزوجية واما يتوقف عليه صحته شرعا كالقبض في الهبة والقدره على التسليم في بيع السلم واما لا يكون شيئا من ذلك فالاقسام اثني عشر .

ثم ان التعليق على ما يكون المنشأ معلقا عليه ذاتا لا يكون مبطلا لعدم كونه تعليقا حقيقة بل ليس الا بيان واقع المنشأ ومن الواضح ان مجرد التلفظ بذلك ليس موجبا للبطلان (واما التعليق) على ما يتوقف صحة العقد عليه شرعاً فالعقد وان لم

قوله : (ره) العمدة في المسألة هو الاجماع (١) .

يكن معلقا عليه في نفسه كما توهم الا ان عمدة دليل مبطلية التعليق انها هو الاجماع وهو غير ثابت في ذلك كيف وقد صرح الشيخ (ره) بجوازه بنحو الارسال المسلم .
واما التعليق على مالا توقف للعقد عليه اصلا فان كان المعلق عليه امراً حاليا معلوم التحقق فلا ينبغي الشك في صحته بعد كون البيع تنجيزيا ويلحق بهذا ما اذا كان التعليق على امر متاخر معلوم الحصول بنحو الواجب المعلق فانه ايضاً لا ينبغي الشك في صحته لان العقد منجز ايضاً .

وحينئذ تبقى الاقسام الباقية وهي ثلاثة داخلية في محل النزاع (احدها) التعليق على امر استقبالي مشكوك الحصول كقوله بعثك ان قدم الحاج او حالي كذلك كقوله بعثك ان كان زيد راكبا او على امر استقبالي متيقن الحصول لكن سمي بالواجب المشروط لا المعلق .

(والانصاف) ان الحكم فيها من العويصات فان اطلاق الادلة التي لم تقيد بالتنجيز مقتضاها الصحة في جميع الفروض والاجتماعات المنقولة وتسالم الاصحاب يقتضي الفساد (الا انه) لم يحصل لنا الاطمئنان منها برأي المعصوم (ع) خصوصا بعد التعليقات المذكورة في كلماتهم فلا بد من النظر في بقية الوجوه التي ذكرت في المقام فان تم شيء منها فهو والا فالقول بالصحة مطلقا هو القوي .

(١) قد عرفت عدم كونه اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام لان جملة من المجمعين ذكروا مستندهم في ذلك فيكون معلوم المدرك خصوصا مع اختلاف مورد كلماتهم فان ظاهر الشهيد في القواعد والعلامة هو ان التنجيز شرط في صحة العقد والا فيفسد معللاً بعدم الجزم في الانشاء فاذا فرض ثبوته مع التعليق ايضاً كالتعليق على ما يتوقف عليه حقيقة العقد مثل الزوجة في الطلاق والقبول في البيع كان صحيحا بل التعليق على امر معلوم الحصول لا ينافي الجزم كما عرفت .

قوله ره : عدم قابلية الانشاء للتعليق (١)
قوله ره : ترتب مسببه عليه حال وقوعه (٢)

ويظهر من جملة منهم ان التعليق في الكلام مانع عن الصحة تعبداً وان لم يكن منافياً مع الجزم في الانشاء كما في المثالين المزبورين ومع هذا الاختلاف كيف يمكن التعويل على الاجماع .

(١) هذا هو الوجه الثاني من وجوه مبطلية التعليق وحاصله دعوى استحالة التعليق في الانشاء كالتعليق في الاخبار وفي ايجاد الامور التكوينية اذ لا معنى لأكل الشيء معلقاً على كونه رماناً (والجواب) عنه ان التعليق في الانشاء وان كان امراً مستحيلاً الا ان التعليق في العقود انما هو تعليق في المنشأ اعنى ما تعلق به الانشاء لافي الانشاء كالتعليق في باب الحكاية كالاخبار بقيام زيد معلقاً على مجيء عمرو مثلاً فان الاخبار جزمي وانما التعليق في الخبر به والمحكى وهو قيام زيد على تقدير لا مطلقاً وقد بينا امكان ذلك في بحث الواجب المشروط من الاصول ومثلنا له بالوصية التمليلية فانها من هذا القبيل لان المنشأ فيها هو الملكية المقيدة بما بعد الموت .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان ظاهر الأدلة صحة العقد او البيع من حينه فاذا لم تشمل العقد في مورد من حين حدوثه لا يعمه فيما بعد ايضاً (وفيه) ان شمول الأدلة لكل عقد يقتضي ترتب اثره عليه على طبق مدلوله ومؤداه كان منجزاً او معلقاً نظيراً للعهد او النذر المتعلق بامر متاخر فانه يعمه دليل وجوب الوفاء بالعهد على النحو الواقع خارجاً فيجب ترتيب الاثر عليه باتيان متعلقه في ظرفه، واجاب المصنف (ره) عن هذا الوجه بوجوه (منها) : ما تقدم (ومنها) : ان دليل الصحة وال لزوم غير منحصر باوفوا بالعقود لان دليل حلية البيع وتسليم الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك (وفيه) ان المحذور لم يكن مختصاً باوفوا بالعقود فان تم يجري في جميع الادلة (ومنها) : عدم جربانه في التعليق على ما يتوقف

- قوله ره : مع ان تخلف الملك عن العقد كثير (١)
 قوله ره : لا يجري في غيره من العقود (٢)
 قوله ره : بتوقيفية الاسباب الشرعية (٣)

عليه حقيقة العقد (ومنها) : عدم جريانه في التعليق على امر متحقق حين العقد وان لم يكن متيقنا فان العقد حينئذ لا يكون معلقا وان كان مراعى فلا يلزم تخلف الاثر عن العقد (ومنها) : انتقاضه ببعض العقود التي قد يتاخر مقتضاها لتوقفه على امر متاخر كالقبض في الهبة او بيع الصرف بل يتخلف الاثر عن العقد في البيع الخياري ايضا ولا اقل من خيار المجلس فان البيعان بالخيار ما لم يفترقا فلا يترتب عليه الاثر اعني اللزوم قبل ذلك .

(١) نقول ليس هذا رداً على الاستدلال المزبور فان القول بالتخلف لدليل خاص ولو في موارد كثيرة لا يستلزم امكانه في غير مورد الدليل ويجري ما ذكرنا في نقضه (قده) بالهبة وبيع الصرف والبيع الخياري ايضاً .
 (٢) ان اراد به الوصية والتدبير فهما خارجان عن محل النزاع وان اراد به الاجارة كما قيل فان الاثر اعني الملكية فيها غير متخلفة عن العقد وانما متعلقها امر متاخر وهي المنفعة المستقبلية فلم يتحصل لنا مراده من غير البيع مما يتخلف فيه الاثر .
 (٣) استدل بهذا جملة من القدماء منهم القاضي في جواهره فانه استدل على المنع من المضاربة بغير الدرهم والدينار فكان عدم الدليل عندهم دليلاً على عدم (والجواب) انه يكفي العمومات والاطلاقات دليلاً على صحة العقد التعليقي (وفي المقام وجه اخر) ذكره المحقق النائيني (قده) وحاصله ان العقود المتعارفة كلها تنجزية واما التعليقية فغير معهودة الا عند الملوك والدول احياناً والادلة منصرفه الى العقود المتعارفة .

(وفيه) منع الكبرى والصغرى (اما الكبرى) فانه لا وجه لدعوى انصراف

قوله ره : من جملة الشروط للتطابق (١)

الادلة الى الافراد المتعارفة خصوصاً العمومات منها فان المطلق لتوقفه على عدم البيان ربما يتخيل كفاية التعارف العرفي في مقام البيان واتكال المتكلم عليه فلا يتم الاطلاق حينئذ واما العام فسرمانه في الافراد غير متوقف على ذلك .

(وأما الصغرى) فان المعاملات التعليقية ايضاً متعارفة عند العرف فانا نراهم يهبون المال للغير بعد ايام من جهة حاجتهم اليه فيها (فتمحصل) عدم العثور على دليل في اعتبار التنجيز او مانعية التعليق الا ان الاحتياط يقتضي ذلك خصوصاً في النكاح .

(١) لا اشكال في اعتبار التطابق في الجملة وليس هو شرط تعبدى وانما يقتضيه نفس العقد فانه كما عرفت مراراً عبارة عن التزامين مربوطين فاذا لم يطابق الايجاب القبول لم تحصل المعاهدة والمطابقة التي تقوم بها العقود (ثم التطابق) قد يلحظ بالاضافة الى الثمن او المثمن وقد يلحظ بالقياس الى البايع او المشتري وقد يكون من حيث الشروط او الاجزاء (فاما التطابق) من حيث الثمن او المثمن فمعتبر جزماً فاو اختلف المتبايعان في ذلك كان يقول البايع بعثك داري ويقول المشتري قبلت شراء بستانك لم ينعقد البيع وكذا لو قال البايع بعثك بالف وقال المشتري قبلت بمائة لم يصح لعدم تحقق المعاهدة والمعاودة .

(واما من حيث البايع والمشتري) فالتعيين لم يكن دخيلاً في صحة العقد الا في النكاح فان الزوجين ركن فيه ولذا لو قالت المرأة زوجت نفسي من زيد وقال قبلت التزويج لعمرو لم يصح وهذا بخلاف البيع ومن هنا لم يكن الاستفسار عن المالك متعارفاً في البيع والشراء فيما اذا لم يكن الثمن والمثمن كلياً في الذمة والا فقدم الاشخاص مختلفة من حيث الاعتبار فلا محالة يكون التعيين مقوماً فيلزم التطابق فيه فاذا قال البايع بعثك داري بمائة وقال المشتري قبلت لموكلتي اول شخص

اجنبي فضولاً لم يصح .

(وأما من حيث الشروط) فالشروط في باب العقود اجنبي عن الالتزام العقدي ولا يستلزم تعليقه عليه والالزم تعليق العقد بل التعليق في الشرط انما هو في الالتزام بالوفاء بالعقد وتمامه فحقيقته جعل الخيار على تقدير التخلف ولذا يعلل به الفسخ عند عدم الوفاء بالشرط (وعليه) فلو اختلفا في الشرط بان قال البائع بعثك داري على ان تخطط ثوبي وقال المشتري قبلت بلا شرط كان الالتزام البيعي من الطرفين محققا وانما اختلفاهما من حيث الالتزام بالوفاء فاذا رضي البائع بسقوط شرطه صح البيع .

(وأما من حيث الاجزاء) فتارة يكون الاختلاف في العوضين كما اذا قال البائع بعثك الدار بمائة درهم وقال المشتري قبلت نصفها بخمسين (واخرى) في المشتري كما اذا خاطب البائع شخصين وقال بعثكما الدار بمائة فقال احدهما اشتريت نصفها بخمسين (اما الفرض الاول) فالظاهر فيه الصحة وعدم اعتبار التطابق وذلك لانحلال البيع الى بيع كل جزء من المبيع بما يقابله بنسبته من الثمن ولذا قلنا في بيع ما يملك وما لا يملك كالشاة والخنزير بالصحة فيما يملك بنسبته من الثمن وفي بيع ملكه وملك غيره بنفوذه في ملكه وتوقفه على الاجازة في ملك غيره ففي المثال بيع كل ربع من الدار بربع من الثمن وهكذا .

(وعليه) فاذا قبل المشتري البيع في بعض المبيع بما يقابله من الثمن يصح ذلك غاية الامر انتفى وصف الانضمام المشروط ضمناً فيدخل من هذه الجهة في الاختلاف من حيث الشرط (واما الفرض الثاني) فظهر صحته بما بيناه فان بيع الدار الواحدة من شخصين ينحل الى بيع نصفه لاحدهما اذ لا يمكن بيع تمامها من شخصين مستقلاً فاذا قبل احدهما صح بالنسبة اليه غايته يلزم تخلف شرط الانضمام فيدخل فيما تقدم (وليعلم) ان مورد الخلاف بيننا وبين المصنف (ره) في الفرضين

قوله ره : من جملة للشروط ان يقع كل من الايجاب والقبول في حال ... (١)

قوله ره : يجوز لحقوق الرضا لبيع المكره (٣)

انما هو فيما اذا انشأ بيع المجموع اوالى الشخصين بانشاء واحد واما اذا كان بانشائين فلا اشكال ولا خلاف في الصحة فيها .

(١) الوجه في قابلية كل من الموجب والقابل للانشاء حين الايجاب والقبول انما هو تحقق المعاهدة والمعاقدة بدونه وافاد المحقق النائيني (قده) بان اعتبار هذا الشرط من القضايا التي قياساتها معها ولكن السيد (قده) في الحاشية فصل بين الموجب والقابل فذهب الى اعتبار قابلية القابل حال الايجاب والا لم يصح العقد دون العكس فاذا سقط الموجب عن القابلية حين القبول لنوم او اغماء او موت صح . (ونقول) ما ذكره الميرزا (قده) من البداهة لانعرفه واما ما ذكره رضوان الله عليه من التفصيل فالصحيح عكسه فيعتبر بقاء الموجب على القابلية حين تحقق القبول واما القابل فلا يعتبر قابليته حين الايجاب (والوجه فيه) ان العقد هو الربط بين التزامين لا بين كلامين فاذا كان الموجب قابلا للالتزام حين تحقق التزام القابل لا محالة يرتبط الالتزامان فيتحقق عنوان العقد وان لم يكن القابل حين الايجاب اهلا للقبول كما اذا فرضنا لم يكن بالغاً فلما بلغ قبل البيع ولا يقاس ذلك بالفسخ قبل القبول الذي هو ابطال للالتزام كما هو ظاهر فان الموجب اذا سقط عن القابلية حين القبول بموت او اغماء او نوم كان التزامه الاعتباري معدوماً في بعض الصور وفي حكم العدم في البعض الآخر فلا يبقى التزامه ليرتبط به التزام القابل ،

اعتبار الرضا في بيع المكره

(٢) بعد ما اعتبر المصنف (ره) وجدان كل من الموجب والقابل لشروط

قوله ره : لو اختلفا المتعاقدان الخ (١)

الايجاب والقبول عند انشاء الاخر نقضه بما صرحوا به من جواز لحوق الرضا لبيع المكره فان مقتضاه عدم اعتبار ذلك حين العقد في نفس المنشئ فضلاً عن الطرف الاخر ثم اجاب عنه بقوله اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم في المكره على خلاف القاعدة لاجل الاجماع .

(ونقول) ان صحة بيع المكره وان لم تكن على خلاف القاعدة الا انها اجنبية عما نحن بصددده فان مورد كلامنا في الامور المعتبرة في مصدر الايجاب والقبول يعنى العاقد بما هو عاقد بحيث يعتبر صدور العقد عنها كالبلوغ والعقل ونحوها (واما الرضا) فقد يراد به الارادة والاختيار وهو بهذا المعنى معتبر في مصدر العقد فلا بد من صدوره عن ارادة واختيار فاذا فرضنا ان احداً انشأ بيع ماله هزلاً ثم بعد ذلك اختاره لم يصح ولا يجتري به (وقد يراد به) طيب النفس بان لا يكون الاختيار ناشئاً عن اجبار الغير واكراهه وهو بهذا المعنى يعتبر في المالك دون العاقد بما هو عاقد ولذا يصح العقد من المكره على اجرائه اذا كان المالك راضياً فلا يعتبر صدور العقد عنه فيجوز لحوقه بالعقد (نعم) لابد وان يستفاد من الادلة كقوله تعالى (تجارة عن تراض) ولو بالقرائن الخارجية ان المعتبر في صحة العقد الاعم من الرضا المقارن والمتأخر وسنتكلم فيه في محله ان شاء الله (تعالى) وعلى اي حال لا يقاس ببيع المكره بالمقام .

(١) اذا اختلف المتعاقدان في شروط الصيغة كما اذا فرضنا ان الموجب يرى جواز العقد بالفارسي والقابل يرى بطلانه فهل يجوز لكل منهما الاجتزاء بما يقتضيه اجتهاد الآخر او تقليده مطلقاً او لا يجوز مطلقاً وجهان وهناك تفصيلان .
(احدهما) : بينا اذا كان العقد المركب منها مما لا قائل بصحته كالعقد المركب من الماضي الغير العربي والعربي غير الماضي في فرض انحصار المجتهد بشخصين احدهما

قوله ره : والاولان مبنيان الخ (١)

يرى اعتبار الاول والاخر يرى اعتبار الثاني فيفسد دون غيره .
(ثانيهما) : التفصيل بينها اذا كان اختلاف كل من المتخالفين بحيث يسري
إلى الآخر فيوجب فساد المجموع كالتعليق والمولات والترتيب وبينهما اذا لم يكن
كذلك كالعربية والماضوية وقد مثل المصنف (ره) له بالترتيب ولكنه مثال للاول
كما هو ظاهر وهذا التفصيل حقيقته تحرير محل البحث واما التفصيل الاول فلا
وجه له لان عدم وجود القائل بالصحة غير محل بصحة العقد مع احتمال صحته واقعا
لاشابه كلا المجتهدين بل المجموع المركب عنوان انتزاعي ليس بنفسه مورداً للقول
بالصحة او الفساد .

ونظير هذه المسألة ما ذكره السيد (ره) في (العروة) في الاجتهاد والتقليد
من انه اذا كان هناك مجتهدان متساويان وكان احدهما يرى عدم وجوب السورة
ولكنه لا يجتزي بمرة واحدة في التسيبحات الاربعة والاخر يرى الاجزاء بها ولكنه
يرى وجوب السورة فقلد المقلد كلا منهما في فتواه فصلي بغير السورة مقتصرًا
على المرة الواحدة في التسيبحات الاربعة ولنفرض انحصار المجتهد في العالم بهما .
فان هذه الصلاة لا قائل بصحتها حينئذ ومع ذلك يجتزي بها لان المقلد
معتمد في كلا عمليه على حجة شرعية وهي فتوى من يقلده والمقام ايضا كذلك فان
كلا من المتعاقدين معتمد على حجة شرعية معتبرة كان هناك قائل بصحة المركب
اولم يكن فهذا التفصيل اردء الوجوه كما ذكر المصنف (ره) .

(١) جعلها مبنيين على القول بالسببية او الطريقية في باب الطرق والامارات
فعلى الموضوعية يكون قيام الطريق موجبا لحدوث المصلحة في مؤداه وان لم يكن
موافقا للواقع فيتبدل به الواقع او يكون الواقع تابعا له وعلى اي تقدير يكون مؤداه
حكما واقعيا ثانويا ويكون بمنزلة الاضطرار الموجب لتبدل الواقع حقيقة بالعنوان

الثانوى فيجتزى به غيره ايضاً .

وأما على الطريقة فؤديات الامارات ليست الا احكاماً عذرية لمن لم ينكشف الخلاف لديه فلا يمكن الاجتزاء بها لمن يراها فاسدة ولو صدرت ممن يرونها صحيحة الا في باب النكاح فان الاصحاب تسالموا على لزوم ترتيب اثار الصحة على النكاح الصادر ممن يراه صحيحاً حتى على الطريقة .

وكان شيخنا (الشريعة) اعلا الله مقامه يقول ولولا ذلك لا يمكن ان يتزوج الولد زوجة ابيه عند اختلافهما في صحة النكاح وبالعكس ثم يعلله رضوان الله عليه بصدق زوجة الاب او الابن عليها عرفاً .

ولكن التحقيق ان الوجه فيما تسالموا عليه انها هو ماورد (لكل قوم نكاح) (١) فانه اذا شمل نكاح اهل الاديان الفاسدة المقطوع فساد فبالاولوية يعم نكاح المؤمن الذي يحتمل صحة العقد ولو كان مخالفاً له في الرأي وهذا مختص بالنكاح لا يشمل البيع ولا غيره من العقود .

ثم انه اشكل على المصنف (قدّه) انه على السببية ايضاً لا يصح الاجتزاء به فان السببية وتبديل الواقع انها يكون بالاضافة الى من قام عنده الطريق لامن يرى فساد (واجاب عنه) شيخنا المحقق (ره) بما حاصله ان الامر في الاحكام التكليفية كذلك فاذا قام الطريق عند احد على وجوب القصر في مورد لا يتبدل به الحكم عند غيره واما الاحكام الوضعية فيختلف الحال فيها فمثل الطهارة او النجاسة او المانعة او الشرطية التي يمكن ثبوتها بالاضافة الى شخص يصح ذلك كما اذا قامت الامارة عند احد على كفاية غسل المتنفس مرة واحدة ولم يتم عند غيره فانه على السببية يجوز الاكتفاء بالغسل الواحد للاول ويكون المغسول محكوماً بالطهارة (١) رواه في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب تحريم قذف الاماء والعبيد طبع عين الدولة .

قوله : (ره) لو قبض ما ابتاعه بالعقد للفاسد لم يملكه (١) .

بالإضافة إليه دون الآخر .

وأما الملكية فيما أنها غير قابلة للاختلاف بالاضافات فاذا حكم واقعاً بملكية زيد للمبيع بالعقد الفارسي لقيام الطريق عنده على صحته وسببته للانتقال فغيره الذي لم يتم عنده الطريق اذا اخذه منه فقد اخذ من مالكة الواقعي ولا معنى حينئذ لعدم كونه مالكا فتأمل .

وما افاده (قده) متين جداً وقد نبه عليه في موارد ثلاثة من الفقه والاصول فلاشكال المتوهم غير وارد على المصنف (ره) الا ان الكلام في اصل السببية وقد بينا فسادها في الاصول حتى بناء على المصلحة السلوكية فالحق عدم جواز اجتزاء من يوافق رأيه الاحتياط بفعل غيره عند الاختلاف مطلقاً .

المقبوض بالعقد الفاسد

استظهر السيد (قده) في الحاشية من كلام المصنف (ره) ومن (الجواهر) اختصاص محل النزاع بالتلف السماوي وأما الائلاف فلا اشكال في ثبوت الضمان به لقاعدة (من اتلف) ثم اشكل على ذلك بما حاصله ان قاعدة على اليد ما اخذت حتى تؤدي موجبة للضمان في التلف السماوي كما ان قاعدة من اتلف موجبة له في الائلاف واذا كان اذن المالك موجبا لعدم شمول الاولى فكذا الثانية والاشكال متين جداً فالتخصيص لا وجه له .

(وكيف كان) المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب في كونه موجبا للضمان وهذا من صغريات القاعدة المعروفة (كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وبالعكس والمراد بالضمان ليس وجوب دفع المثل او القيمة وانما المراد به انتقال

المال الى العهدة كما هو معناه لغة وعرفاً ودفع المثل او القيمة من الاثار المترتبة على الضمان وهذا واضح لا ينبغي اطالة الكلام فيه .

ثم انهم استدلوا على الضمان في المقام بامرین (احدهما) ما ورد في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري من ان الجارية ياخذها صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة (١) فان ضمان الولد مع انه ناء لم يستوفه المشتري واذ ما منع المالك من استيفائه نظير من قفل باب دار الغير والتي المفتاح في البحر فانه يستدعي ضمان الاصل بالاولوية (ثانيهما) النبوي المعروف وهو قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفي كل من الامرین نظر) اما الاول فلان الرواية الواردة في الامة المسروقة اجنبية عما نحن فيه فان مورد الكلام في الضمان بالعقد الفاسد ما اذا كان العقد للمالك ولكن كان فاسدا فانه حينئذ ربما يتخيل لقاء المالك احترام ماله فلا ضمان واما اذا كان البائع غاصبا فلا وجه لتوهم عدم الضمان (ومن الغريب) عدم تنبيه المصنف (ره) والحشيش قدس الله اسرارهم لذلك .

واما الثاني فانه لم يثبت من طريقنا وانما هو مروى عن اهل السنة عن الحسن البصري عن سمرة بن جندب (٢) وانجباره بالشهرة مبني على انجبار ضعف السند

(١) الرواية في الوسائل ج ٣ ص ٩٨ باب ٨٦ كتاب النكاح طبع عين الدولة عن ابن ابي عمير عن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت الجارية مسروقة قال ياخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته . (المقرم الموسوي)

(٢) تقدم في الجزء الاول المعقود للمكاسب المحرمة ص ١٤٨ المصادر المذكور فيها هذا الحديث من جوامع اهل السنة وتقدم الطعن في رجال سنده كابي قتادة والراوي عنه سعيد بن ابي عروبة واما الحسن البصري فضافا الى انكار -

بها وهو ممنوع على ما بيناه في الاصول فالعمدة في الضمان انما هوسيرة العقلاء القائمة على ثبوت الضمان في الماخوذ بالعقود الفاسدة اذا كانت مما يضمن بصحتها كما اذا اشترى احد خبزاً بالبيع الفاسد فاكله فانه يكون ضامناً له عند العقلاء ولو مع قطع النظر عن الشرع والشرعية ولم يثبت عنها ردع فتكون متبعة بل اغلب ما يرجع الى الماليةت وابواب المعاملات يكون المدرك فيها سيرة العقلاء .

ثم انه ليس المراد من العقد في القاعدة اصلاً وعكساً ما يكون بنوعه موجباً للضمان او لا يكون موجباً له كذلك نظير العارية فانها لا توجب بنوعه الضمان وانما ثبت الضمان في صنف منه وهو عارية الذهب والفضة او المشروط فيها الضمان وعليه

- جماعة منهم سماعه من سمرة انه من المنحرفين عن امير المؤمنين (ع) وله كلمة جافة في حقه لا تصدر الا من عانده وناواه قال المبرد في الكامل ج ٣ ص ١١٨ طبعة محمد علي صبيح بمصر سنة ١٣٤٧ هـ كان الحسن البصري ينكر الحكومة ويترحم في مجلسه على عثمان ثلاثاً ويلعن قتلته ويذكر علياً فيقول لم يزل علي رحمة الله يتعرفه النصر ويساعده الظفر حتى حكم فلم تحكم والحق معك ألا تمضي قدماً لأباً لك وانت على الحق قال المبرد (ان هذه كلمة فيها جفاء) .

وفي شرح النهج لابن ابي الحديد ج ١ ص ٣٦٨ طبعة مصر الاولى كان الحسن البصري يبغض علياً (ع) ويلمه ومن المخذلين عن نصرته وقد انكر على امير المؤمنين اراقتة الدماء الكثيرة فقال له اوساءك ذلك قال نعم فقال (ابو الحسن) (ع) لازلت مسوءاً فما رؤي الحسن البصري بعد هذا الا مهموماً عابساً الى ان مات .

واما سمرة فقصته مع الانصاري في النخلة واغضاب النبي (ص) وعدم اجابته امر رسول السماء معروف ولو اطلع اصحابنا الامامية على سند الحديث وعرفوا من رواه لرؤوه عرض الجدار وان كان مضمونه معقول المعنى .

(المقرم الموسوي)

يدخل عارية الذهب والفضة فيما لا يضمن كما انه ليس المراد به ما يوجب الضمان بصنفة وعليه تدخل عارية الذهب والفضة فيما يضمن بل المراد ما يضمن بشخصه وما لا يضمن بشخصه فان القاعدة من قبيل القضايا الحقيقية فالمعنى ان كل عقد يضمن بصحيحه إذا فرض تحققه في الخارج صحيحا يضمن بفاسده اذا تحقق فاسدا وهكذا العكس ولا يعتبر فيه تحقق صنف صحيح من العقد وصنف فاسد منه (والمر في ذلك) انه لم يرد في هذه القاعدة دليل لفظي ليحمل على النوع او على الصنف وانما هي على طبق السيرة وقوله (ص) (على اليد ما اخذت) على فرض اعتباره فما ينطبق عليهما انما هو ما ذكرناه دون غيره .

وعلى ما ذكرناه لا يعتبر ان يكون الضمان وعدمه من مقتضيات نفس العقد في طبعه بل القاعدة جارية ولو كان الضمان او عدمه في العقد لخصوصية فيه فالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة لا ضمان فيهما .

(ثم ان الباء) في القاعدة يحتمل ان تكون للظرفية ويحتمل ان تكون للسببية وذلك من جهة ان سبب الضمان في العقد الصحيح او الفاسد وان كان هو القبض الا انه انما يوجب الضمان اذا كان بعنوان الوفاء بالعقد والا فالقبض في نفسه مع قطع النظر عن كونه مترتبا على العقد المعاوضي لا يوجب الضمان قطعا واما كونه للسببية التامة فغير محتمل لعدم كون العقد علة تامة للضمان لا تكوينيا ولا تشريعا فان كل مبيع ناف قبل القبض فهو من مال بايعه كما ان ما ذكره المصنف (ره) في سببية العقد الفاسد من انه منشأ للقبض الذي هو سبب للضمان لا يمكن المساعدة عليه فان الضمان حينئذ لا يستند الى العقد فانه نظير اسناد نجاسة الميتة او العصير الى الشمس لكونه سببا للموت او للغليان وهو واضح الفساد .

قوله : (ره) ثم ان المدرك لهذه للكلية (١) .

مدرك ما يضمن بصحيحه

(١) استدلوا للقاعدة الكلية وهي كل عقد شخصين يكون صحيحه موجبا للضمان كذلك يوجب اذا فرض فاسدا بالاقدام وهو اقدام الاخذ على الضمان وصريح المسالك انه وجه مستقل لثبوت الضمان حيث استدل به عليه في قبال قاعدة اليد بل ربما يستظهر ذلك من المبسوط ايضا حيث علل الضمان في موارد من البيع والاجارة الفاسدة بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فاذا لم يسلم له المسمى لعدم امضائه شرعا لكون العقد فاسدا رجع الى المثل او القيمة .

وقد اورد عليه المصنف (ره) (اولا) بانها انما اقدمه وتراضيا بالعقد الفاسد على ضمان خاص وهو الضمان بالمسمى لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض ان ما اقدمه عليه لم يمض شرعا (وتوهم) بقاء مطلق الضمان في ضمن خصوصية اخرى (مدفوع) بانه لم يكن هناك اقداما من احدهما على طبعي الضمان والاخر خصوصية كونه بالمسمى وانما كان اقداما واحدا خاصا فاذا لم يمض شرعا فقد انتفى ما اقدمه عليه رأساً .

(ثانيا) : ان بين التعليل والقاعدة عموم من وجه فهو غير مطرد ولا منعكس اما من حيث الطرد فلأنه قد يكون الاقدام متحققا ولا ضمان كما في التلف قبل القبض فانه من مال بايعه واما العكس فلانه قد لا يكون في العقد الفاسد اقدام ومع ذلك يكون الضمان موجوداً ومثل له بموارد ثلاثة (احدها) البيع بلا ثمن (والثاني) الاجارة بلا اجرة (والثالث) ما اذا اشترط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع فان الضمان في جميعها ثابت مع انه ليس في شيء منها اقدام على الضمان فدليل الاقدام منقوض

طردها وعكسها .

(ونقول) ان اراد المستدل بكون الاقدام بنفسه احد المضمنات ففساده واضح ولذا لم يتوهم احد ثبوت الضمان فيما اذا ضمن احدهما لغيره ابتداء ويكفى في فسادها عدم المقتضى وهو الدليل على كونه مضمنا الا انه من المحتمل قريبا ان يكون مراد المستدل كون المال محترما سواء كان من الاعيان او الاعمال او المنافع فلا يذهب هدرأ الا اذا القى المالك احترامه ببذله للغير مجانا فاذا لم يقدم المتعاقدان على المجانية كان الضمان على القاعدة كما عليه السيرة فرادهم من الاقدام على الضمان بيان عدم الاقدام على المجانية .

(وعليه) فلا مجال لما اورده المصنف اعلا الله مقامه اولا من كون ما اقدها عليه انما كان للضمان بالمسمى ولم يسلم والضمان بالمثل او القيمة لم يقدم عليه كما لا تتجه النقوض المذكورة في كلامه ثانيا اما النقض بالتلف قبل القبض (ففيه) ان الاقدام على الضمان انما كان مشروطا بالقبض لا مطلقا ولذا ترى السيرة قائمة على عدم الضمان فيما اذا باع العين الخارجية فذهب ايأتي بها الى المشتري فوجدوها مسروقة فعدم الضمان في الفرض انما هو من جهة عدم الاقدام على الضمان على الاطلاق (واما النقض بالبيع بلا ثمن) والاجارة فيدفعه عدم ثبوت الضمان فيهما على ما بيناه لانها حقيقة من الهبة المجانية وليسا بيعاً ولا اجرة بل هما صورة بيع واجارة فيدخلان في عكس القاعدة اعني مالا يضمن لا في نفسها فكما لا اقدام في الموردين لا ضمان فيهما ايضا .

واما الضمان فيما اذا شرط في عقد البيع ضمان المبيع على البائع فهو وان كان ثابتا الا ان الاقدام على الضمان موجود في الالتزام البيعى لما عرفت من ان الشرط اجنبي عن الالتزام العقدي وانما هو التزام اخر فالمتبايعان اقداما على الضمان في البيع غاية الامر اشترط في ضمنه كون ضمان المبيع على البائع

قوله : (ره) واما خبر اليد (١)

فاذا فرض فسادده يفسد الشرط ايضا فيثبت ضمان المبيع على المشتري بمقتضى اقدامه البيعى فالتقوض باجمعها مدفوعة .

والاستدلال على الضمان بالاقدام بهذا المعنى متين جداً ويرجع الى السيرة التي بينها وهي تشمل ضمان الاعيان والافعال والمنافع اجمع .

(١) قد ذكرنا انه ضعيف السند بالحسن البصري وسمرة ابن جندب عامل زياد بن ابيه على البصرة (١) ومن روى عن الحسن ايضا ولم يعلم استناد اصحابنا الامامية اليه ليكون جابراً له على أننا في محله عدم انجبار ضعف سند الرواية بعمل المشهور نعم مضمونه موافق لما عليه سيرة العقلاء وهو تمام من حيث الدلالة على الحكم الوضعي .

وتوهم ظهور كلمة « على » في الحكم التكليفي .

مدفوع بانه فيما اذا اسندت الى الاموال دون الافعال على تقدير الانحاض عن سنده فالظاهر اختصاصه بضمان الاعيان وعدم شموله للمنافع لامتوهم من عدم قبولها للاخذ فان الاخذ عبارة عن الاستيلاء والاستيلاء على كل شيء بحسبه فيمكن الاستيلاء على المنافع تبعاً للاستيلاء على العين كما يكون تسليمها بتسليم العين (نعم) الاعمال غير قابلة للاخذ فان الفعل وان صدر بامر الامر لأنه لا يصدق عليه انه اخذه فخيطة الثوب وان صدرت من مالك الثوب الا انه لا يقال اخذ الخياطة وانما يقال اخذ الثوب الخيط فعنوان الاخذ يعم للمنافع ولا يشمل الافعال .

وانما العمدية في عدم شمول الاخذ للمنافع ذيل النبوي المذكور وهو قوله (ص) (حتى تؤدي ما اخذت) فانه ظاهر في اداء نفس عين الماخوذ فان المنافع والاعمال غير قابلة لان تؤدي بنفسها فيكون هذا قرينة على ان المراد بالموصول خصوص

قوله : (ره) لا يحل مال امرء مسلم (١) .

الاعيان دون المنافع والاعمال ولذا استدلوا على ضمان المنافع والاعمال بامور اخر نحن في غنى عنها لان مورد السيرة يعم مطلق الاموال .

(١) الظاهر ان اسناد نفى الحل الى الاموال انما هو بلحاظ التصرف فيها والا فلا يستقيم باي معنى كان الحل فهو ظاهر في الحل التكليفي دون الوضعي ويشهد له قوله (ع) الا بطيب نفسه فهو نظير الخبر المعروف لا يجوز التصرف في مال احد الا بأذنه وحينئذ يكون خارجا عن محل الكلام مضافا الى كونه ضعيف السند (١) .

(١) في كمال الدين للصدوق ص ٢٨٧ اخر باب التوقيعات الواردة عن صاحب الأمر عجل الله فرجه وفي الاحتجاج للطبرسي ص ٢٦٨ المطبعة الحيدرية فيما ورد عن صاحب الزمان عليه السلام واما ما سألت عنه من امر الضياع التي لنا حينئذ هل يجوز القيام بعمارتها واداء الخراج وصرف ما يفضل من دخلها الى الناحية احتسابا للأجرة وتقربا اليها فلا يحل لاحد ان يتصرف في مال غيره بغير اذنه فكيف ذلك في مالنا من فعل ذلك بغير امرنا فقد استحلت منا ما حرم عليه .

وفي تحف العقول لابن شعبة عند ذكر خطبة النبي (ص) يوم الغدير قال فيها لا يحل لمؤمن من مال اخيه الا عن طيب نفس منه ومثله في المستدرک على الوسائل ج ٣ ص ١٤٥ كتاب الغصب عن غوالي اللثالي ولكنه حكى عن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين (ع) بلفظ لا يجوز اخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه ولم اجد له في الدعائم في باب الغصب .

واما اهل السنة فروى البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٤ عن سعيد بن زيد والبيهقي في السنن الكبرى ج ٦ ص ٩٧ عن ابن عباس وروى ابو بكر الهيثمي في مجمع الزوائد ج ٤ ص ١١٧ واحمد في المسند ج ٥ ص ١١٣ من الطبع الاول -

قوله : (ره) وان حرمة ماله كحرمة دمه (١) .

قوله : (ره) مضافا الى ادلة نفى الضرر (٢) .

(١) المراد بالحرمة فيه الاحترام لا الحكم التكليفي فالاستدلال به على الضمان وان كان صحيحاً في الجملة ويعم المال والاعيان وغيرها الا انه لا يتم على نحو الاطلاق فانه يختص بصورة اتلاف العين او استيفاء المنفعة او صدور العمل بامر منه ولا يثبت الضمان فيما اذا اشترى شيئا ببيع فاسد وبالغ في حفظه فتلف بافة سماوية او مات فان احترام المال لا يقتضى ضمانه عليه وبهذا يظهر الحال في الاستدلال بقوله (ع) لا يصح او لا يصلح ذهاب حق احد هدرأ (١) فان ثبوت الحق عليه من دون اتلاف او امر أو استيفاء اول الكلام .

(٢) قد بينا في محله ان لا ضرر انما يرتفع به الحكم الوجودي المجعول الناشي منه الضرر واما اذا ترتب الضرر في مورد على عدم الحكم فحديث لا ضرر لا يقتضى اثباته والمقام من هذا القبيل فان المالك انما يتضرر من عدم الحكم بالضمان ، وعلى فرض النزول لا يمكن الاستدلال به الا في فرض الاتلاف او الاستيفاء او الامر والا فكما يكون عدم الضمان موجبا لتضرر المالك يكون ثبوته موجبا لتضرر القابض من دون تعدد واتلاف وبعبارة اخرى لا فرق حينئذ بين القابض وغيره من الناس فالقول بضمانه دونهم بلا جهة ومرجح فاذا وجب تدارك ضرر المالك فلماذا يجب على القابض فليجب تداركه من بيت المال او من ساير المسلمين .

— والبيهقي في السنن ج ٦ ص ٩٧ والمهندي في كنز العمال ج ٥ ص ٣٢٧ كلهم في الغصب عن عمرو بن يثري الضبي قال رسول الله (ص) لا يحل لامرء من مال اخيه الا ما طابت به نفسه . (عبد الرزاق الموسوي المكرم)

(١) لم اعثر عليه مع الفحص في معاجم الحديث .

قوله : (ره) في بعض الاعمال المضمونة (١) .
قوله (ره) بين جهل الدافع بالفساد (٢) .

على انه في صورة الاتلاف ونحوه ايضا لا يمكن الاستدلال به على ضمان القابض باكثر من المسمى فيما اذا كان قيمة المال اكثر من المسمى فانه ضرر لم يقدم عليه لانها انما اقدا على الضمان بالمسمى لاكثر منه فتحصل ان مدرك القاعدة المطرد في جميع مواردنا منحصر بالسيرة على ما بيناه .

(١) لا ينبغي الربيب في اختصاص الادلة المذكورة في كلام المصنف وغيره بما اذا كان مورد العقد الفاسد عينا من الاعيان قد قبضها الاخذ او منفعة استوفاه او عملا صادرا عن امره فاذا لم يكن شيء من ذلك كالسبق في المسابقة الفاسدة فانه ليس مما استوفاه الاخر وانتفع به بل يتضرر به كما انه لم يكن صادرا بامر به بل كان يكرهه وليس عينا وقعت تحت يده فالقول فيها بالضمان لا وجه له .

نعم : سيرة العقلاء قائمة في مثل ذلك على الضمان ولكن بما انها مبنية على المقامرة والمغالبة ولم يعضها الشارع الا في العقد الصحيح فهي مردوعة عنها فلا يحكم فيها بالضمان .

(٢) أما بناء على ما سلكناه في الاستدلال على القاعدة بسيرة العقلاء فعدم الفرق بين الصورتين اعني علم الدافع بالفساد وجهله واضح لقيامها على الضمان في الصورتين سواء كان القابض عالما بالفساد ايضا او كان جاهلا به واما بناء على المسلك المعروف فقد استدلل المصنف (ره) على عدم الفرق باطلاق النص والفتوى والمراد من النص حديث على اليد وغيره من الاخبار بناء على صدق الاخذ على مطلق الاستيلاء لا خصوص العدواني كما ذهب اليه المحقق النائيني (ره) .

وأما القول بالفرق وعدم الضمان في فرض علم الدافع بالفساد فقد توهم الاستدلال عليه بوجهين دفعهما المصنف (ره) .

(احدهما) : أن الدافع اذا كان عالماً بالفساد فقد سلط القابض على ماله مجاناً وهذا التعبير ظاهر كلامه في بيع الغاصب وفي المقام عبر بتعبير آخر وهو كون المال حينئذ امانة مالكية عند القابض والمطلب واحد وهذا الوجه جار في كلا فرضي علم القابض بالفساد وجهله .

(ثانيهما) : مختص بفرض جهل القابض بالفساد وحاصله أن القابض حينئذ يكون مغروراً قد غره الدافع والمغرور يرجع على من غره فلا ضمان عليه .
وفي كلا الوجهين من حيث انطباقهما على ما نحن فيه نظر واماً من حيث الكبرى فللبحث عنها محل آخر .

(اما الوجه الثاني) فلان التغيرير متقوم بامر ين علم الغار وجهل المغرور ولا يصدق عنوان التغيرير اذا انتفى احدهما كما هو ظاهر وعليه فالقابض في الفرض وان كان جاهلاً بفساد المعاملة الا انه عالم بالضمان وهو مقدم عليه غايته الضمان بالمسمى لا اكثر ولا كلام لنا فعلاً في ذلك بل لا يبعد القول بعدم كونه ضماناً بالاضافة الى ما زاد عن المسمى (نعم) يصدق التغيرير فيما اذا كانت المعاملة مبنية على المجانية نظير ما اذا قدم احد لغيره الطعام بعنوان الهدية او الضيافة وكان ذلك فاسداً من جهة كون المال لغير المهدي فيكون مغروراً فيرجع فيما اغترمه على الغار (وأما الوجه الاول) فهو خلاف الوجدان لان الدافع انما يسلط القابض على ماله بعنوان المعاوضة وعلى انه مالك ولو تشريعا كما في بقية المعاملات الفاسدة من القمار ونحوه والالزم عدم ضمان القابض لما يأخذه في القمار وبيع الخمر والاجارة على الزنا وغيره من الفواحش اذا كان الدافع عالماً بالفساد فان التسليط حينئذ يكون مجانياً غير موجب للضمان خصوصاً اذا كان القابض جاهلاً بالفساد لشبهة موضوعية فان توهم التغيرير ايضا يكون جارياً فيه .

(نعم) فيما كان الجهل لشبهة حكمية لا مجال للتغيرير لانه كان مكلفاً

قوله : (ره) وأما عكسها (١) .

بالفحص فلم يفعل فليس بمغرور وهذا مناف للفتاوى ولاطلاق الادلة الواردة في ان ثمن الخمر ومهر البغي ونحو ذلك سحّت فكلا التوهمين فاسد والصحيح عدم الفرق في الضمان بين الصور .

(١) عدم الضمان فيما لا يضمن بصحيحه واضح على ما سلكناه ويكون من باب عدم المقتضى فان دليل الضمان انما هو السيرة ولم تثبت فيما لا يضمن بصحيحه فلا تخصيص اصلا واما على المعروف فمقتضى اطلاق ادلة الضمان ثبوته حتى في موارد العقود التي لا يضمن بصحيحها فلا بد من اقامة الدليل على تخصيصها وعمدة القاعدة المستفادة من ان من استأمنه المالك على ملكه لا يضمن وسياتي الكلام فيها . ولكن اذا تمت فلا محالة من تخصيصها لحديث على البس لانه موردها ولا معنى لكونها معارضة له كما توهم .

ثم ان المصنف (ره) اورد نقوضاً على عكس القاعدة :

« منها » : الاجارة الفاسدة فان العين المستأجرة اذا تلفت تحت يد المستأجر لا تكون مضمونة عليه في الاجارة الصحيحة لكن صريح الرياض وجامع المقاصد على ما حكاه المصنف كونها مضمونة عليه اذا كانت الاجارة فاسدة وربما يحكى ذلك عن غيرهما ايضا .

ونقول : « تارة » : يكون تلف العين المستأجرة قبل دخولها تحت يد المستأجر ولا ضمان في مثل ذلك فانه نظير ما اذا استأجر احد غيره لعمل فسات « واخرى » : يكون تلف العين بعد دخولها في يد المستأجر ولكن لا يكون دخولها من مقتضيات الاجارة بل تكون من جهة اخرى كما اذا اكترى احد حيوانا لنقل متاعه واشترط على مالكه ان يسوق الحيوان بنفسه ثم استدعى المالك من المستأجر ان ياخذ الحيوان معه فتلف تحت يده فهذا الفرض خارج عن محل الكلام ولا ضمان

قوله : (ره) ولعل الحكم بالضمان في المسألة (١) .

فيه و (ثالثة) : تدخل العين تحت استيلاء المستأجر بمقتضى عقد الاجارة فتتلف عنده وهذا هو مورد الكلام .

وبالجملة مورد الخلاف والنقض والابرام انما هو فيما اذا توقف استيفاء المنفعة على العين وتلفت تحت يد المستأجر واما غيره فلا مقتضى فيه للضمان .

(١) ذكر المصنف (ره) للقول بالضمان وجهين :

« أحدهما » : ان قاعدة ما لا يضمن مخصصة في الاجارة الفاسدة لانها ليست من القواعد العقلية الغير القابلة للتخصيص والمخصص لها خبر اليد (وفيه) ما تقدم من ان القاعدة على فرض تماميتها تكون مخصصة لخبر (على اليد) لأن موردها انما هو اليد والاستيلاء فكيف يعقل تخصيصها به « نعم » اذا كان في المقام مخصص آخر من اجماع او غيره امكن الالتزام بالتخصيص .

« ثانيها » : ان الاجارة الفاسدة خارجة عن القاعدة بالتخصيص وذلك لانها انما تجري في مورد العقد ومورد الاجارة انما هو المنفعة لا العين فالاجارة من حيث المنفعة داخلية في اصل القاعدة وهو ما يضمن بصحيحه لكون المنفعة في الاجارة الصحيحة مضمونة على المستأجر واما العين فهي خارجة عن الاصل والعكس وعليه فاذا كانت الاجارة صحيحة كانت امانة مالكية وشرعية عند المستأجر فلا تكون مضمونة عليه لكون يده امانة واما اذا كانت فاسدة فليس في البين اذن شرعي كما لا تكون العين امانة مالكية لأن المؤجر انما دفعها اليه من جهة البناء على استحقاقه للمنافع ولولا ذلك لم يسلمها اليه فمقتضى حديث (على اليد) الحكم بضمانها فهي اجنبية عن قاعدة (ما لا يضمن) راساً .

(وفيه) : ان العين وان لم تكن موردا لعقد الاجارة بمعنى طرفي المبادأة الا انها داخلية فيه بمعنى اخر كما سيتضح الا ان الصحيح تبعاً لمن يلوح من كلامه كما

قوله : (ره) منها الصيد الذي استعاره المحرم (١) .

ذكره في جامع المقاصد هو عدم الضمان فلا ينتقض به القاعدة .
 (توضيح ذلك) : ان الاجارة انما هي بمعنى تمليك المنفعة بالمبادلة تكون بينها وبين مال الاجارة ولكن بما ان المفروض توقف استيفاء المنفعة للمستاجر على استيلائه على العين ينحل عقدا لاجارة الى المبادلة المزبورة وشرط ضمنى ارتكازي وهو تسليم العين الى المستاجر مجانا وبلا عوض كما ان اشترط التسليم ثابت في البيع ايضا فتكون العين داخلة في عقد الاجارة بهذا المعنى وهي من هذه الجهة تدخل فيما لا يضمن بصحيحه فلا ضمان في فاسده ايضا .
 (وتوهم) ان التسليط المجاني انما كان مبنياً على استحقاق المستاجر فلا رافع للضمان (مدفوع) بثبوت هذا البناء والتعليق في جميع العقود التي لا يضمن بصحيحها اللازمة منها والجائزة كالعارية والهبة ونحوهما .
 (١) لابد وأن يفرض ذلك في خارج الحرم فان الصيد في الحرم غير جائز لغير المحرم ايضا كما اذا فرضنا ان احد الشخصين محرم خارج الحرم والاخر غير محرم فصاد الثاني حيوانا واستعاره منه المحرم فانه لا اشكال في وجوب ارساله عليه والا وجب عليه الفداء فالمسألة لها شقان :

(احدهما) : ما اذا ارسله المحرم فانه لا خلاف في ضمانه له الا انه خارج عن محل الكلام ولا ينتقض به القاعدة لان العارية انما تكون مما لا يضمن بصحيحه في فرض التلف دون الاتلاف ولو كان باذن الشارع وانما قلنا بعدم الضمان بالاتلاف في العقود المتضمنة لاذن المالك فيه كالهبة والهدية وتقديم الطعام الى الضيف .
 (ثانيهما) : ما اذا تلفت العين المستعارة بأفة سماوية كما اذا ماتت او كانت طائراً فطار وهذا الفرض هو مورد النقض على القول بفساد استعارة المحرم وضعاً وقد وقع الخلاف في ثبوت الضمان فيه وعدمه فذهب جمع الى الضمان مع ان صحيح

الغارية لا ضمان فيه .

(وقد وجهه) المصنف (ره) بما حاصله ان الضمان فيها انما يتحقق بمجرد استيلاء المحرم على العين لكونه مأمورا بالارسال فليس الضمان مستندا الى التلف لينتقص به لان مورد القاعدة ما اذا استند الضمان الى التلف .

(وفيه) ان الثابت انما هو وجوب الارسال تكليفا وهو غير مستلزم للضمان وضعا واستقراره الغين في الذمة ولم يدل دليل على ثبوته بمجرد وضع اليد ولذا لو لم يرسلها بل أداها اليه لم بضمن له شيئا وان كان عاصيا بذلك فالضمان لا يتحقق الا بعد التلف ويكون مستندا اليه .

بل يمكن ان يقال انه لم يثبت وجوب الارسال ايضا وغاية ما هناك حرمة الامساك ووجوب الفداء على تقديره وأن هذا من وجوب الارسال وعليه فلا مانع من الرد الى المالك .

واجاب عنه المحقق النائيني قده بما حاصله ان الضمان في الفرض انما يتحقق بمجرد وضع يد المحرم على الصيد لخروجه بذلك عن ملك المعير فالضمان مستند الى الاتلاف دون التلف .

(وفيه) انه لا دليل على ذلك فان ما يظهر منها عدم ثبوت ملك للمحرم على الصيد ولو بقاء فاذا صاد المحرم شيئا او ابقاه عنده الى ان احرم خرج عن ملكه وجاز لغيره اخذه منه ولو بدون رضاه واما خروج الصيد عن ملك المحل بمجرد استعارة المحرم او جعله وديعة عنده فلا .

(مضافا) الى انه عليه قد يكون المالك مقدما على اتلاف ماله فيما اذا كان عالما بالحال اللهم الا ان يقال انه مستند الى الجزء الاخير من علته وهو استعارة المحرم (ولعله) لهذه الجهات ذهب صاحب الجواهر (قده) الى عدم الضمان في الفرض وان كان ظاهر الشرايع ثبوته حيث قال لا يجوز للمحرم ان يستعير من محلر صيدا

قوله : (ره) في البيع الفاسد بالنسبة الى المنافع (١) .

لانه ليس له امساكه فلو امسكه ضمنه وان لم يشترط عليه ذلك .
فان التقييد ظاهر في التلف اذ لو كان ناظرا الى الائتلاف كان ذكر القيد لغوا لعدم دخل الاشتراط وعدمه في ثبوت الضمان عند الائتلاف .
وقد استظهر السيد قده في الحاشية اختصاص كلام الشرايع بصورة الائتلاف حيث اضاف الى كلام الشرائع ما ليس فيه وهو قوله (ثم ارسله) فقال وهذه العبارة كما ترى مختصة بصورة الائتلاف . ولكن الصحيح كما نبه عليه المحقق النائيني قدس سره عدم وجود تلك الجملة في الشرايع وانما هي من كلام الجواهر وتخيل كون تلك الجملة من المتن وعلى اي حال لا دليل على ضمان المحرم في المقام فالتقص غير وارد علينا .

(١) لم نعرف الوجه في تقييدها بغير المستوفاة مع انه لا فرق بينهما من حيث التقص لان المستوفاة ايضا غير مضمونة في البيع الصحيح ومضمونة في البيع الفاسد واجاب عنه المحقق النائيني قدس سره بان القاعدة انما تجري في مورد العقد والمنافع خارجة عنه في البيع وعليه فان كان صحيحا فقد استوفاه المشتري في ملكه فلامعنى للضمان واذا كان فاسدا فمقتضى عموم على اليد ونحوه هو الضمان .

(وفيه) : ان المنافع في البيع اذا لم تكن موردا للعقد لم تكن موردا لعقد الهبة ايضا فاذا كانت فاسدة لا بد فيها من القول بضمان المنافع وهو كما ترى « وبعبارة اخرى » يرد عليه احد امرين اما دخول منافع المبيع في مورد البيع فلا يتم ما ذكره في المقام واما خروج منافع العين الموهوبة عن مورد الهبة فلا بد من ضمانها .

(فالصحيح) ان يقال انه لا ملازمة بين تملك العين وتمليك المنفعة فان التخلف بينهما كثير اذ ربما يملك العين شخص ولا يملك المنفعة وقد ينعكس الأمر

قوله : (ره) نقض القاعدة بحمل المبيع فاسدا (١) .
قوله : (ره) ويمكن النقض ايضا بالشركة الفاسدة (٢) .

وقد يجتمعان لشخص واحد (وعليه) فقتضى اطلاقات التملك في البيع تملك المبيع بما له من المنافع فتكون ايضا موردا للعقد بالتبع فتأمل وهي مضمونة في البيع الصحيح فتدخل في اصل القاعدة وفي الهبة ايضا كذلك غير مضمونة في صحيحها فتدخل في عكس القاعدة فالنقض مدفوع راساً .

نعم في الاقالة والفسخ لا تكون المنافع مضمونة لكون استيفائها في ملك المستوفى فان الفسخ عبارة عن استرجاع الملك السابق من حينه لا من السابق بما له من الشؤن ولذا تكون الخصوصيات المنتفية حين الفسخ او الاقالة مضمونة . مثلاً اذا كان الحيوان المبيع صحيح البدن حين البيع وانكسرت رجله حين الفسخ فزال عنه شأنية الركوب فان المشتري يكون ضامناً لها وهذا بخلاف الفساد .

(١) وقع الخلاف في ضمان الحمل في البيع الفاسد كما ذكره المصنف (ره) ولا يبعد الجمع بينهما بحمل كلام النافي للضمان على ما اذا لم يشترط ضمانه على المشتري فانه يكون امانة عنده فلا يكون مضموناً عليه وحمل القول بالضمان على ما اذا اشترط ضمانه عليه فيدخل حينئذ فيما يضمن بصحيحه فلا ينتقض به القاعدة وربما يتوهم النقض بصفات المبيع ولكن يظهر جوابه مما تقدم .

(٢) فان صحيحها لا يوجب الضمان فاذا كان فاسداً كالشركة الوجاهية موجبا له لزم النقض (ومن الغريب) ما استدلل به المصنف قدس سره على الضمان في الشركة الفاسدة من عدم جواز التصرف في فرض الفساد فيكون عدوانياً فيوجب الفساد فان عدم التصرف تكليفاً غير مستلزم للضمان وضعاً كما ان جواز التصرف غير مناف له فلمس أمة الغير او تقبيلها غير جائز شرعاً ولا يوجب الضمان والتصرف في الهبة الفاسدة غير جائز واقعاً ولا يوجب الضمان فالضمان في الفرض

قوله : (ره) ثم ان مبنى هذه القضية السالبة (١) .

غير ثابت لينتقض به .

ثم انه قد ينقض اصل القاعدة بالنكاح الفاسد ، فانه في حكم العقود المعاوضية فيضمن بصحيحه ولا يضمن بفاسده .

(والجواب عنه) بالالتزام بالتخصيص فان القاعدة ليست عقلية غير قابلة للتقييد كما يمكن الجواب عنه بالالتزام بالتخصيص فان المهر في النكاح ليس في مقابل الانتفاعات بالزوجة من المقاربة ومقدماتها فان شرفها يأبى ان يقابل بالمال ولذا تستحق المرأة المهر بمجرد العقد وان لم يسع الوقت للانتفاع بها من جهة موتها قبله بل يكون المهر بازاء الزوجية الاعتبارية سواء كانت دائمية او انقطاعية (نعم) خصص ذلك في بعض الموارد بثبوت اجرة المثل في الوطي بالشبهة وبتنصيف المهر اذا حصل الموت او الطلاق قبل الدخول .

وعلى هذا فليس في مورد النكاح شيء يضمنه الزوج بالتلف او بالاتلاف لان المهر يستقر في ذمته بنفس العقد ، ومورد القاعدة انما هو ما اذا كان الضمان على تقدير ثبوته مستندا الى احد الامرين والمقام خارج عنها وحينئذ ان كان النكاح صحيحا شرعا ثبت به الضمان وان كان فاسدا فلا موجب للضمان اصلا .

(١) اما على ما سلكناه فعدم الضمان فيها من باب عدم المقتضى له في مقام الاثبات لاختصاص مورد السيرة على الضمان بالعقود التي يضمن بصحيحها واما فيما لا يضمن بصحيحها فسيرة العقلاء قائمة على عدم الضمان ولذا لا يرويه ثابتاني الهبة الفاسدة بحسب قانونهم .

وأما على مسلك القوم من التمسك للضمان بخبر علي اليد فلا بد من اقامة الدليل على تخصيصه وهو صعب جدا فتأمل .

قوله : (ره) وهي عموم ما دل على (١) .
قوله : (ره) الثاني من الامور (٢) .

(١) كان من المناسب جدا تعيين تلكم الادلة فانا لم نعثر الا على بعض الاخبار الواردة في ان الامين غير ضامن او لا تتهمة او ليس عليه الا اليمين (١) ومن الظاهر اختصاصها بموارد الاستيمان اعنى الامانة الممضاة شرعا فتأمل ولا يعم العقود الفاسدة كيف وقد بنى المصنف قدس سره على كون التصرف عدوانيا ومع هذا فاستدل به بدليل الاستيمان غريب جدا واغرب منه استناده الى الاولوية في الهبة الفاسدة لما عرفت من عدم استلزامه نفى الضمان عن غير مورد الاستيمان فضلا عن الاولوية .

رد المقبوض بالعقد الفاسد

(٢) ذكر المصنف (ره) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد وجوب رده الى مالكة فوراً واستدل عليه بقوله (ع) لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره باذنه ثم قال ولو نوقش في كون الامساك تصرفا كفى عموم قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب نفسه فانه يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها الامساك ثم تعرض لمؤنة الرد فقال بوجوبها على المشتري من باب المقدمة للرد الواجب عليه الا اذا كان ضروريا .

(١) من الاحاديث ما في الوسائل ج ٢ ص ٦٤٢ باب العارية عن الصادق عليه السلام ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن وسئل ابو جعفر (ع) عن العارية اذا هلك قال ان كان امينا فلا غرم وفيه ص ٦٤١ باب الوديعة عن الصادق (ع) ليس لك ان تتهم من اتهمته (المكرم الموسوي)

وتفصيل الكلام في ذلك يكون في جهات :

« الاولى » : في حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وجوازه وقد يستدل على الجواز بان التصرف يكون باذن المالك ضمنا اذا كان عالما بالفساد فانه سلط المالك على ماله باختياره .

وذكر السيد قدس سره في الحاشية في الرد على المصنف (ره) ان دعوى كون الاذن بالملكية غير حاصل مدفوعة ثم ذكر في دفعها ما حاصله ان الاذن انما تكون مبنية على الملكية الانشائية اي بحسب اعتقاد المالك وبنائه ولو تشريعا وهي حاصلة لا على الملكية الشرعية التي لم تحصل ثم اشكل على ذلك بقوله (ان قلت) لم يصدر من البائع الا التمليك وقد صار لغوا في حكم الشارع فاين الاذن (واجاب عنه) بان التمليك له حيثيتان فانه اذن من جهة وتمليك من جهة اخرى فلا مانع من كونه مؤثرا من احدهما دون الاخرى .

(ونقول) الظاهر حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد وذلك لان المستثنى في قوله (ع) لا يجوز لاحد التصرف في مال غيره الا باذنه انما هو اذن المالك في التصرف في ملكه لا في املاك الناس .

(توضيح ذلك) : ان الافعال « منها » ما لا يتعلق الا بالموضوعات الخارجية دون العناوين كالافعال الخارجية من الضرب والقتل والاكل ونحوه ومن هذا القبيل التبعية والايتمام في باب الجماعة فانها تكون بالشخص والعنوان يكون من قبيل الداعي و « منها » : ما يتعلق بالعناوين كالافعال الاعتبارية من الرضا والاذن وطيب النفس (وعليه) فظاهر قوله (ع) (الا باذنه) ارادة اذن المالك في التصرف في ماله بعنوان انه تصرف في مال نفسه لانه ملك الغير .

وفي مورد العقود الفاسدة انما يأذن الدافع للقابض ان يتصرف في ملك نفسه ولو تشريعا كما في القمار ونحوه فلا يكون التصرف فيها داخلا في المستثنى بل يقيى

تحت المستثنى منه (نعم) اذا فرضنا ان المالك اذن في التصرف مع عدم البناء على ملكية القابض ولو تشريعا دخل ذلك في المستثنى لكنه خارج عما نحن فيه فيكون عارية صحيحة .

(وبالجملة) يعتبر في جواز التصرف احد امرين اما دخول المال في ملكه فيكون تصرفه خارجا عن مورد الرواية من باب السالبة بانتفاء الموضوع واما الاذن بالتصرف من المالك بعنوان انه مالك وكلا الامرين مفقود في المقام على الفرض « الجهة الثانية » : الظاهر عدم اختصاص حرمة التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد بالعقود المعاوضة التي يضمن بها بل تعم موارد العقود الغير المعاوضة كالهبة المجانية التي لا يضمن بها فان عدم الضمان فيها من جهة كون القبض مبنياً على عدم الضمان غير ملازم لجواز التصرف فانه متوقف على طيب نفس المالك واذنه في التصرف في ماله والمفروض عدم تحققها بل لو كان الاذن ايضا متحققا ولم يكن ممضى شرعا لا يترتب عليه أثر ومن هنا لا يجوز التصرف في موارد العارية الفاسدة ايضا مع ان المالك راض بالتصرف في ملكه .

« الجهة الثالثة » : في وجوب الرد وحرمة الامساك . وعدمه المستفاد من الادلة انما هو وجوب التخلية بين المال ومالكه واما ايصاله اليه فلا دليل على وجوبه كما ان المحرم انما هو مزاحمة المالك ومنعه عن التصرف في ماله واما مجرد الامساك بمعنى بقاء المال عنده غير مستند اليه فليس تصرفا فلا يكون حراما والتمسك في ذلك بعموم (لا يحل الخ) بدعوى ان الحل لا يصح اسناده الى المال فلا بد وان يكون متعلقه محذوفا فيكون المقدر جميع الافعال المتعلقة به ومنها الامساك (ممنوع) لان الظاهر بل الاظهر ان يكون المقدر في كل مورد ما يناسبه ففي قوله سبحانه (حرمت عليكم امهاتكم) يكون المقدر النكاح لا النظر واللمس وفي قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) المقدر هو الاكل لا سائر استعمالاته .

وفي المقام المناسب تقدير الاكل بالمعنى الذي بيناه في قوله تعالى (لا تأكلوا اموالكم بالباطل) او عموم التصرفات والانتفاعات لا مطلق الافعال المتعلقة بالمال ليعم النظر ونحوه لنحتاج في اخراج بعضها الى دعوى التخصص بالسيرة او غيرها وقد يستدل على وجوب الرد بقوله (ص) (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) وتقريب الاستدلال به على وجهين :

(احدهما) : ما ذكره المحقق النائيني قدس سره بما حاصله ان كلمة (على) في النبوي وان كان مدلوله المطابقى استقرار الضمان على ما هو ظاهرها عند اسنادها الى الوجود الخارجى ولكن بما ان الضمان اذا لم يكن مستتبعا لوجوب الرد لا يترتب عليه الاثر فبالالتزام يدل عليه .

(وفيه) : انه انما يتم او كان اثر الضمان منحصر في وجوب الرد بالمعنى المعروف وليس كذلك اذ يكفى في اثره ترتب وجوب الرد عليه بالمعنى الذي اخترناه وهو التخلية بين المال ومالكه .

(ثانيها) : ما ذكره بعض المحققين من دلالة النبوي بالمطابقة على كلا الحكمين من استقرار الضمان ووجوب الرد فعنى على اليد ما اخذت ثبوت ضمانه ووجوب رده لا مكان استعمال لفظ (على) فيما يعم الحكم الوضعي والتكليفي . (ولهذا التقريب) مبعدان :

(احدهما) انه لا بد حينئذ من الالتزام بالتقدير وعدمه وهو غير ممكن فانه اذا اريد من لفظ (على اليد) الحكم التكليفي لا بد من استناده الى الفعل واذا اريد منه الحكم الوضعي لا بد من استناده الى الموضوع الخارجى فعلى الاول لا بد من تقدير الفعل وهو الرد وعلى الثاني لا حاجة الى التقدير والجمع بين الامرين اعني التقدير وعدمه مستحيل .

(ثانيها) : ان الغاية المذكورة في النبوي انما تناسب الضمان ولا تناسب

وجوب الرد تكليفا اذ لا معنى لجعل الاتيان بالواجب غاية لوجوبه نظير ان يقال يجب عليك الصلاة الى ان تصلي فانه من توضيح الواضح وهو لغو (فالصحيح) ظهوره في استقرار الضمان فقط ولا دلالة فيه على وجوب الرد لا بالمطابقة ولا بالالتزام هذا مع ما فيه من ضعف السند .

« الجهة الرابعة » : هل يكون مؤنة الرد على تقدير وجوبه على المالك مطلقا او على القابض كذلك او التفصيل ذهب المصنف (ره) الى الاخير وادعى ان المؤنة ان كانت بمقدار يقتضيها الرد بطبعه فهي على القابض لكونها مقدمة للرد الواجب عليه ولا يرفعه (حديث لا ضرر) فانه لاحكامه له على الاحكام المبتنية على الضرر في أنفسها كوجوب الخمس والزكاة والجهاد ونحوها مما يكون الواجب بنفسه مستلزما للمقدار من الضرر فانه لا يرتفع به وجوبه الا اذا استلزم ضررا زائدا على ما يقتضيه بطبعه كما في الصوم فانه يقتضي الضعف بنفسه في الجملة فلا يرتفع به وجوبه .

(نعم) اذا اوجب ضررا لا يبتنى عليه طبع الصوم كالخمى ونحوها ارتفع وجوبه وبالجملة حديث لا ضرر انما يكون حاكما على الاحكام الغير المقيدة بالضرر ولا بعدمه وعليه فالرد بطبعه مستلزم لصرف مقدار من المؤنة فاذا توقف على ازيد منها ارتفع وجوبه والا فلا هذا محصل ما افاده اعلا الله مقامه .

(والصحيح) ان المؤنة على المالك مطلقا وذلك لعدم توقف الرد بطبعه ولا في غالب افراده على صرف المؤنة مثلا رد الكتاب او الخاتم او فسه او نحو ذلك لا مؤنة تصرف في سبيل الرد فليس وجوب الرد من الاحكام المبتنية على الضرر فاذا توقف عليه في مورد يرفع بحديث لا ضرر من غير فرق بين القليل والكثير . « الجهة الخامسة » : ان ما ذكرناه من عدم وجوب الرد انما هو بالاضافة الى الرد الى المالك دون الرد الى البلد الذي قبض المال فيه .

وتفصيل ذلك : انه قد يكون المال والمالك كلاهما موجودين في بلد واحد سواء كان بلد المعاملة او غيرها وقد لا يكون كذلك وعلى الثاني فربما يكون المال باقيا في بلد المعاملة والمالك مسافر الى مكان اخر وربما ينعكس الامر فيكون المالك في بلد المعاملة والمال قد نقله القابض الى بلد اخر ، وثالثة يكون كل منهما منتقلا من بلد المعاملة الى مكان اخر كأن سافر المالك الى بلد والقابض نقل المال الى بلد اخر .

(اما اذا كانا في محل واحد) فيجب على القابض التخلية بين المالك وماله وبناء على القول بوجوب الرد يجب عليه الرد اليه اذا طلبه منه وليس له منعه منه لانه غصب واضح نعم للمالك ان يطالبه بنقل المال الى بلد المعاملة كما ستعرف واما اذا كان المال باقيا في بلد المعاملة والمالك سافر عنه الى بلد اخر فليس للمالك ان يطالب القابض بنقل المال اليه حتى بناء على القول بوجوب الرد .

واما اذا انتقل المال عن بلد المعاملة والمالك باقيا فيه فله ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد القبض واما اذا كانا معا منتقلين عنها فللمالك ان يطالب القابض بنقل المال الى بلد المعاملة لا البلد الذي هو فيه .

والوجه في جميع ذلك ان الواجب على القابض ارجاع السلطنة التي ازالها عن المالك اليه بما لهما من الخصوصيات التي تتفاوت بها الرغبات ومن الواضح ان اختلاف البلاد مما يختلف به قيمة الاموال ولا يجب على القابض ارجاع ازيد من ذلك فكون المال في بلد المعاملة من الخصوصيات التي ازال القابض سلطنة المالك عنها فيجب عليه ردّها اليه وان توقف على مؤنة كثيرة او قليلة دون غيره (فظهر بما بيناه) ان مؤنة الرد انما تكون على القابض فيما اذا توقفت التخلية بين المال ومالكه عليها لا الرد المصطلح .

حديث الخراج بالضمان

(١) من جملة احكام المقبوض بالعقد الفاسد ضمان المنافع المستوفاة وقد وقع الخلاف فيه بين الاصحاب والمعروف بينهم هو الضمان ونسب عدمه الى ابن حمزة في الوسيلة مستدلاً عليه بقوله (ص) الخراج بالضمان فيقع الكلام في دليل الضمان فان لم يقم عليه دليل كفى في نفيه الاصل ولا وجه للتعرض لما استدل به ابن حمزة من النبوي (١) وان قام عليه الدليل لا بد من البحث عن وجود ما يعارضه وعدمه فنقول قد استدل على ضمان المنافع مطلقاً بوجوه :

(١) الكلام في الحديث اولاً فيمن رواه وثانياً في رجال سننه وثالثاً فيما عليه اهل اللغة ورابعاً من عمل به من فقهاء الاسلام أما الاول فرواه الترمذي في سننه على هامش شرحه ألا حوزي للقاضي ابن العربي المالكي ج ٥ ص ٢٨٥ كتاب البيع باب شراء العبد واستغلاله ثم يجد به عيباً بالاسناد عن ابي عامر العقد عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة ان رسول الله (ص) قضى الخراج بالضمان ورواه النسائي في سننه ج ٢ ص ٢١٥ كتاب البيع باب الخراج بالضمان ورواه ابو داود في سننه ج ٣ ص ٢٨٤ رقم ٣٥٠٨ كتاب البيع باب من اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً ورواه البيهقي في سننه الكبرى ج ٥ ص ٣٢١ كتاب البيع باب المشتري يجد فيما اشتراه عيباً وقد استغله زماناً ورواه البغوي في مصابيح السنة ج ٢ ص ١٠ كتاب البيع باب المنهي عنه من البيوع ورواه ابو داود الطيالسي في مسنده ص ٢٠٦ الجزء السادس طبع حيدر اباد ورواه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ١٥ كتاب البيع ورواه احمد في المسند ج ٦ ص ٢٠٨ الطبع الاول عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف بن رخصة الغفاري عن عروة عن عائشة قالت قضى =

« منها » : قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي فان المنافع تقع تحت

= رسول الله (ص) ان خراج العبد بضمائه وكانوا اختصموا في عبد اشتراه رجل فوجد به عيبا .

وفيه ص ٨٠ عن مسلم بن خالد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة ان رجلا اشترى عبدا في زمن رسول الله (ص) وبه عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فرده فخاصمه الى النبي (ص) فقال يا رسول الله استغله منذ زمان فقال رسول الله (ص) (الغلة بالضم) .

وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٣١ المطبعة التازيية كتاب البيع باب الخراج بالضم بالاسناد عن مسلم بن خالد الزنجي (١) عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فقال يا رسول الله (ص) انه قد استغل غلامي فقال رسول الله (ص) (الخراج بالضم) .

ورواه الخطيب في تاريخ بغداد ج ٨ ص ٢٩٨ ترجمة خالد بن مهران ابوالهيثم الباهلي بالاسناد عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة قالت قال رسول الله - ص - الخراج بالضم .

ورواه ابن تيمية في منتقى الاخبار على هامش شرحه نيل الاوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٨١ كتاب البيع باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب عن عائشة ان النبي (ص) قضى ان الخراج بالضم (رواه الخمسة) .

قال وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي (ص) (الغلة بالضم) . =

(١) في تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ لم يكن اسودا وانما هو ابيض اللون ولقب به اما للمقابلة بالضد واما ان جاريته قالت له لكثرة اكله التمر ما انت الازنجي .

اليد كالاعيان (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان ذيله قرينة على اختصاصه بالاعيان

= وفي كتاب اختلاف الحديث للشافعي على هامش الجزء السابع من كتاب الأم ص ٣٣٢ باب المصرة الخراج بالضمان عن سعيد بن سالم عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف عن عروة بن الزبير عن عائشة ان رسول الله قال الخراج بالضمان ثم قال اخبرنا مسلم عن هشام عن ابيه عن عائشة ان رسول الله قال الخراج بالضمان وفي الرسالة للشافعي ص ٤٤٨ رقم ١٢٣٢ تحقيق احمد محمد سعد شاكرك قال اخبرنا من لا اثم له عن ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف قال ابتعت غلاما فاستغلته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمت فيه الى عمر بن عبد العزيز فمضى لي برده وقضى علي برد غلته فاتيت عروة فاخبرته فقال اروح اليه العشية فاخبره ان عائشة اخبرتني ان رسول الله قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان فمجلت الى عمر فاخبرته مسا اخبرني به عروة عن عائشة عن النبي (ص) فقال عمر فما ايسر علي من قضاء قضيته الله يعلم اني لم ارد فيه الا الحق فبلغتني فيه سنة عن رسول الله (ص) فارد قضاء عمرو انفذ قضاء رسول الله (ص) فراح اليه عروة فقضى لي ان اخذ الخراج من الذي قضى علي به له .

وهذا الحديث رواه عن الشافعي بهذا الاستناد السبكي في اجوبة مسائله ج ٢ ص ٢١ تحت عنوان (خاتمة في نقض القضاء) .

ورواه في كنز العمال ج ٢ ص ٢١١ رقم ٤٥٧١ باب خيار العيب عن احمد والحاكم والبيهقي عن عائشة (الخراج بالضمان) . وفيه رقم ٤٥٧٢ عن عائشة الغلة بالضمان .

وفي الجامع الصغير للسيوطي ج ٢ ص ١١ حرف الخاء عن عائشة (الخراج بالضمان) وفي الدرر المنتثرة للسيوطي على هامش الفتاوى الحديثة لابن حجر ص ١٥٥ حديث الخراج بالضمان . رواه الاربعة عن عائشة وفي الاشباه والنظائر للسيوطي =

دون المنافع التي ليست منها فانها غير قابلة للاداء بانفسها وظاهر الغاية ذلك .

= ص ١٢١ القاعدة الحادية عشر قال الخراج بالضمان حديث صحيح اخرجه الشافعي واحمد وابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشه وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استعمل غلامي فقال الخراج بالضمان .

وذكره عبد الله بن سليمان الجرهمي الشافعي في المواهب السنية على هامش الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٦٤ وعمدة ما عنده ان الشافعي وغيره خرجته ثم ذكر السبب المتقدم .

وقال ابن رشد المالكي في بداية المجتهد ج ٢ ص ١٦٥ فصل العيوب من كتاب البيع قوله (ص) الخراج بالضمان اصل متفق عليه وارسله ابن الدبيع الشيباني في تيسير الوصول ج ١ ص ٧٨ الباب التاسع الرد بالعيب عن عائشه ثم قال خرجته اصحاب السنن .

رجال السند :

قال الترمذي في سننه حديث حسن صحيح وعده البغوي في مصابيح السنة من الحسان وصححه الحاكم في المستدرک ولم يتعقبه الذهبي في التلخيص وقال الزبيدي في تاج العروس شرح القاموس ج ٢ ص ٢١١ مادة خرج نقل الجلال في التخریج ان الترمذي وابن حبان والحاكم وابن القطان والمنذري والذهبي صححوه واتخذوه الائمة المقلدون قاعدة من قواعد الشرع بنوا عليه فروعا واسعة .

ولكن ابن حزم لم يعبء به فانه في (المحلى) ج ٨ ص ١٣٦ كتاب الاستحقاق والغصب والجنایات قال لا يصح حديث الخراج بالضمان لانفراد مخلد بن خفاف ومسلم بن خالد الزنجي به وفيه ج ٩ ص ٨١ رقم ١٥٩٠ مسألة =

و « منها » : ماورد في احترام مال المسلم وانه كحرمته دمه (وفيه) ان غاية

= الرد بالعيب قال وعهدنا بهم يصححون الخبر الفاسد الخراج بالضممان ويحتجون به في المغصوب والجنائيات ثم خالفوه ههنا .

وتنظر الذهبي في ميزان الاعتدال في رواية ابن ابي ذيب عن مخلد بن خفاف وفي الجرح والتعديل لابن ابي حاتم الرازي ج ٤ القسم الأول ص ٣٤٧ مخلد بن خفاف الغفاري روى عن عروة بن الزبير وروى عنه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ذيب سمعت ابي يقول لم يرو عنه غير ابن ابي ذيب وليس هذا اسناد تقوم به الحجة يعنى الحديث الذي يروي مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشه عن النبي (ص) ان الخراج بالضممان غير اني اقول به لانه اصلح من ارآء الرجال .

وفي تهذيب التهذيب لابن حجر ج ١٠ ص ٧٤ بعد ان ذكر ما عند ابن ابي حاتم وان البخاري تنظر في حديث مخلد بن خفاف قال في سماع بن ابي ذيب عن مخلد عندي نظر ،

وقال الزبيدي في تاج العروس ج ٢ ص ٢١١ ضعف البخاري حديث مخلد بن خفاف .

واما السند الثاني لهذا الحديث الذي يرويه مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشه وان صححه الحاكم في المستدرك الا ان الذهبي في ميزان الاعتدال ج ٣ ص ١٦٥ طبعة مصر حكى اختلاف كلام بن معين فيه فتارة يقول لا باس به واخرى انه ثقة وثالثة انه ضعيف وعند الساجي كثير الغلط ويرمى بالقدر ثم ذكر الذهبي احاديث عنه وعقبها بقوله هذه الاحاديث وامثالها لا تفيد قوة الرجل ويضعف .

وفي تهذيب التهذيب ج ١٠ ص ١٢٩ عن بن سعدانة كثير الغلط وقال عثمان الدارمي ليس بذلك في الحديث وقال الساجي صدوق كثير الغلط ويرمى بالقدر وكان =

مدلوله حرمة التصرف فيه تكليفا ولا يستفاد منه الضمان بعد التلف .

= يحدث بالمناكير عن ابي هريرة وعن عكرمة مولى ابن عباس وذكره ابن البرقي في باب من نسب الى الضعف ممن يكتب حديثه .

وفي تاريخ البخاري ج ٤ القسم الاول ص ٢٦٠ مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج وعن هشام بن عروة منكر الحديث واما هشام بن عروة وابوه عروة ابن الزبير فحدثا واكثر كما شاءت لهما الرغبة .

الخراج عند اهل اللغة :

في الصحاح مادة خرج ومقاييس اللغة لابن فارس ج ٢ ص ١٧٥ الخراج والخرج الاتاوة وفي الفائق للزنجشري ج ١ ص ٣٤٠ طبعة مصر كل ما خرج من شيء من نفعه فهو خراجه فخراج الشجر ثمره وخراج الحيوان نسله ودره وفي المصباح مادة خرج الخراج والخرج ما يحصل من غلة الارض ولذلك اطلق على الجزية وفي المغرب للمطوذي مادة خرج الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه (الخراج بالضم) اي الغلة بسبب ما ضمنته ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية .

وفي مفردات الراغب الخراج مختص في الغالب بالضريبة على الارض وقيل للعبد يؤدي خرجه اي غلته والرعية تؤدي الى الامير الخراج وفي (الاموال) لابي عبيد القاسم بن سلام ص ٧٣ الخراج في كلام العرب الكراء والغلة ألا تراهم يسمون غلة الارض والدار والمملوك خراجا ومنه حديث النبي (ص) انه قضى ان الخراج بالضم ثم ذكر سند الحديث عن ابن ابي ذيب عن مغيرة بن خفاف عن عروة عن عائشة ثم قال هو ان يشتري الرجل العبد فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع انه يردده بالعيب وتطيب له تلك الغلة بضمائه لانه لو مات في يده مات من ماله .

=

و « منها » : قوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان المنافع

= وقال موهوب الجواليقي في شرح ادب الكاتب لابن قتيبة ص ٧٤ بعد قوله (الخراج بالضمان) الخراج هو الغلة ثم حكى نص ابي عبيد المتقدم في معنى الحديث وقال هذا معنى قول شريح لرجلين احتكما اليه في مثل هذا فقال للمشتري رد الداء بدائه ولك الغلة بالضمان .

وفي لسان العرب ج ٣ ص ٥٢ دار الفكر بيروت قال الزجاج الخراج اسم لما يخرج والخراج غلة العبد والامة والخراج الاتاوة تؤخذ من اموال الناس ثم قال والخراج الذي وظفه (عمر) على السواد وارض الفقيه معناه الغلة تؤخذ كل عام ولذلك يسمى خراجا وقيل للجزية التي ضربت على رؤوس اهل الذمة خراج لانها كالغلة الواجبة عليهم وقال ابن الاعرابي الخرج على الرؤوس والخراج على الارضين وحكى في تاج العروس ج ٢ ص ٣٠ مادة خرج عن الرافعي ان اصل الخراج ما يضر به السيد على عبده ضريبة يؤديها اليه فسمي الحاصل منه خراجا وقال القاضي الخراج اسم لما يخرج من الارض ثم استعمل في منافع الاملاك كربع الارضين وغلة العبد والحيوانات .

وفي مجمع البحرين للطريحي مادة خرج الخرج والخراج بفتح العين فيهما ما يحصل من غلة الارض وقيل يقع اسم الخراج على الضريبة والفقيه والغلة ومنه خراج العراقيين .

وفي نهاية ابن الاثير ج ١ ص ٣٢١ طبعة مصر مادة خرج (الخراج بالضمان) يريد ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبدا كان او امة او ملكا وذلك ان يشتريه فيستغله زمانا ثم يعثر على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه او لم يعرفه فله رد العين المبيعة واخذ الثمن ويكون للمشتري ما استغله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن على البايع شيء والباء في (بالضمان) متعلقة بمحذوف تقديره الخراج =

من الاموال (وفيه) ان غاية ما يستفاد منه انما هو المنع عن التصرف في مال الغير مستحق بسبب الضمان انتهى .

رأي الفقهاء

اختلف فقهاء اهل السنة في العمل بالحديث وبعمومه وعدمها واليك كلمات ارباب المذاهب ننقلها بنصها ولا يخفى ان البخارى ومسلم لم يخرجاه في صحيحهما لعدم الاعتماد عليه كما لم يستند اليه مالك في الموطأ ج ٢ ص ١٢٣ باب العيب في الرقيق من كتاب البيع وانما استند الى عمل اهل المدينة قال الرجل يشتري العبد فيواجهه بالاجارة العظيمة او الغلة القليلة ثم يجد به عيبا يرد منه انه يرد به ذلك العيب وتكون له اجارته وغلته وهذا الامر الذي عليه الجماعة ببلدنا وذلك لو ان رجلا ابتاع عبدا فبنى له داراً قيمة بنائها يساوى ثمن العبد اضعافاً ثم وجد به عيباً يرد منه رده ولا يحسب العبد عليه اجارة فيما عمل له فكذلك تكون له اجارته اذا اجاره من غيره لانه ضامن له وهذا الامر عندنا .

واستدل له الرزقاني في شرحه على الموطأ ج ٣ ص ٢٥٧ بما رواه ابو داود وغيره عن عائشة ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيباً فيخاصمه الى النبي (ص) فرده عليه فقال الرجل قد استغل غلامي قال صلى الله عليه وآله (الخراج بالضمان) .

للشافعية :

وعمل بالحديث ابو اسحاق الشيرازي في المذهب ج ١ ص ٢٨٣ كتاب البيع باب اذا وجد العيب وقد زاد المبيع فيما اذا كانت الزيادة منفصلة كاكسب العبد فانه يرد العبد ويمسك الكسب واستدل عليه بالحديث الخراج بالضمان وقاس عليه غير مورد الحديث مثل اذا كانت الزيادة بهيمة ولدت عند المشتري او اثمرت عنده او كان المبيع جارية حملت عنده وولدت او جارية ثيباً ووطأها فانه يرد الجارية =

تكاليفاً لا الضمان فالعمدة في المقام وجهان :

وحدوها ولا شيء عليه .

وفي الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٥٢ كتاب البيع سئل عن هذا الحديث هل هو عام للملك وغيره من الغصب والسوم والوديعة اذا تعدى عليها ام هو مختص بالملك كما هو مورد الحديث (والجواب) ان الحديث له قصة اشار اليها السائل وكان معناه ان فوائد المبيع للمشتري في مقابلة ما كان في ضمانه . وفي مختصر المزني على هامش كتاب الام ج ٢ ص ١٨٦ باب التصريفة استدل على انه اذا رد المصرة رد معها صاعاً من تمر ثمنا للبن التصرية ولا يرد اللبن الحادث في ملكه لان النبي (ص) قضى ان الخراج بالضمان . ولم يبد ابن حجر العسقلاني رأيه في الحديث ولا في معناه ولا من عمل به وانما ذكر في فتح الباري ج ٤ ص ٢٥١ حديث المصرة وذكر الخلاف في تقديم حديث الخراج بالضمان عليه وعدمه .

الحنابلة

في المغني لابن قدامة ج ٤ ص ١٤٤ كتاب البيع فصل رد المبيع قال اذا كان للمبيع المعيب زيادة منفصلة من غير عين المبيع كالكسب والخدمة والاجرة وما يوجب له او يوصى به له فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله (ص) (الخراج بالضمان) ولا نعلم في هذا خلافاً ثم ذكر رواية ابي داود وابن ماجه والشافعي عن عائشة : الخراج بالضمان وفي سنن ابي سعيد عن مسلم بهذا الاسناد وفيه (الغلة بالضمان) . ثم قال بهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافاً وتعرض لمسائل لم يبتن فقهها على هذا الحديث .

(احدهما) : السيرة العقلانية بضميمة عدم الردع عنها على ضمان المتافع

= الحنفية

في فتح الغدير لابن همام ج ٥ ص ١٥٢ كتاب البيع باب خيار العيب .
بعد ان ذكر ان معاذاً قال لاهل اليمن في قوله (ص) بيع المسلم المسلم
دليل على ما كان سليماً قال ويدل عليه قضاؤه بالرد فيه على ما في سنن ابي داود
بسنده الى عائشة ان رجلاً ابتاع غلاماً فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به
عييباً فخاصمه الى النبي (ص) فردّه عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي
فقال رسول الله (ص) الخراج بالضمان ولم يذكر غير هذا الفرع ولا فروع
المسألة وظاهره صحة حديث (الخراج) عنده .

ومثله الغيني في عمدة القاري شرح البخاري ج ٥ ص ٥١٠ في مسألة التصرية
قال يرد حديث التصرية حديث الخراج بالضمان فان المراد بالخراج ما يحصل من
غلة العين المبتاعة عبداً كان او امة او ملكاً وذلك بان يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر
منه على عيب قديم لم يطلع به البائع عليه او لم يعرفه فانه رد العين المبيعة واخذ الثمن
وللمشتري ما استعمله لان المبيع لو تلف في يده لكان من ضمانه ولم يكن له على
البائع شيء انتهى .

المالكية

في كتاب الاحوذى شرح سنن الترمذي للقاضي ابن العربي الاندلسي ج ٦
ص ٢٨ كتاب البيع باب الخراج بالضمان قال هذا حديث مجمع على معناه في الجملة
وان نفاه البخاري والخراج في العربية عبارة عن كل خارج من شيء موضوع
فائدة طرأت على اخره ويقول كثير من اهلها انه مخصوص بالغلات والامر كما
ذكرته لكم وموضع الاجماع فيه ان الرجل اذا ابتاع بيعاً فاستغله او
استخدمه ثم طرأ فسخ على بيعه فان له ما استغل وما استخدم فما كان له ضماناً =

المستوفاة كنفس الاعيان وقد تمسكنا بهذه السيرة في قاعدة (ما يضمن بصحيحه)،
 = من الأصل لو طرأ عليه تلف فاذا نتجت الغنم او ولدت الماشية عند المشتري او
 اغتلبها فلا يرد شيء من ذلك عند الشافعي وقال مالك يرد الاولاد خاصة وقال
 اهل الرأي يرد الدار والدابة والعبد وله الغلة وقالوا في الماشية والشجر اذا اخذ
 غلتها ليس له ان يرد بالعيب لكنه ياخذ الارش وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك كله
 ويرد بالعيب الى ان قال واما الغاصب فاختلف الناس فيه فمنهم من حمله على الملك
 وجعل له الخراج بالضمان ومنهم من قطعه عنه وحكم برد كل ما اغتلبه والحق لا يلحق
 عاص بمطيع ولا ظالم بعادل ولا حجة في عموم الحديث لانه ليس من قول النبي (ص)
 وانما هو اخبار عن قضية في عين فلا ترى حقيقة الحال فيها فاذا حصلت صورة
 بالاجماع فلا تدخل اخرى الا بالنظر ولا نظر يلحق العاصي بالمطيع انتهى .

رأي للشوكاني

في نيل الاوطار ج ٥ ص ١٨١ باب الكسب الحادث لا يمنع الرد بالعيب
 قال ظاهر الحديث عدم الفرق بين الفوائد الاصلية والفرعية والى ذلك ذهب الشافعي
 وفصل مالك فقال يستحق المشتري الصوف والشعر دون الولد وفرق اهل الرأي
 والهادوية بين الفوائد الفرعية والاصلية فقالوا يستحق المشتري الفرعية كالكراء
 دون الاصلية كالولد والثمر وهذا الخلاف مع انفصال الفوائد عن المبيع واما اذا
 كانت متصلة وقت الرد وجب ردها بالاجماع ومال الجمهور الى ان هذا الحكم
 يختص بمن له ملك في العين التي انتفع بخراجها كالمشتري الذي هو سبب ورود
 الحديث وقالت الحنفية ان الغاصب كالمشتري قياساً ولا يخفى ما في هذا القياس
 لان الملك فارق يمنع اللاحق والاولى ان يقال ان الغاصب داخل تحت عموم اللفظ
 ولا عبرة بخصوص السبب كما تقرر في الاصول انتهى .
 =

(ثانيهما) : قاعدة من اتلف مال الغير فهو له ضامن فان الائتلاف هو الاعداد

ابن القيم

في الموقعين لابن القيم الجوزية ج ١ ص ٣٦٧ الخراج في هذا الحديث هو الغلة مثل كسب العبد واجرة الدابة دون الولد واللبن انتهى .
عند الشيعة

ممن عمل بالحديث من علماء الامامية ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي قال في الخلاف ص ٢١١ رقم ١٧٦ طبع الحجر بايران اذا اشترى جارية حاملا فولدت في ملك المشتري عبدا مملوكا ثم وجد بالأم عيبا فانه يرد الام دون الولد وللشافعي فيه قولان احدهما مثل ما قلناه والثاني له ان يردهما معا لانه لا يجوز ان يفرق بين الام والولد فيما دون سبع سنين والاول اصح عندهم دليلنا عموم قوله (ص) (الخراج بالضم) .

وقال في المبسوط بعد الفراغ من بيع المصرة فصل في أن الخراج بالضم ان اذا كان لرجل مال فيه عيب فاراد بيعه وجب عليه ان يبين للمشتري عيبه ولا يكتمه او يتبرء اليه من العيوب والاول احوط وان لم يبينه واشترى انسان فوجد به عيبا كان المشتري بالخيار ان شاء رضي وان شاء رده بالعيب واسترجع الثمن فان اختار فسخ البيع ورد المبيع نظر فان لم يكن حصل من جهة المبيع ثمنه رده واسترجع ثمنه وان كان قد حصل ثمنه وفائدة فلا يخلو من ان يكون كسبا من جهته او نتاجا وثمره فان كان كسبا مثل ان يكتسب بعمله او تجارته او يوهب له او يصطاد شيئا او يحتطب او يحتش فانه يرد المعيب ولا يرد الكسب بلا خلاف لقوله (ص) (الخراج بالضم) فالخراج اسم للغلة والفائدة التي تحصل من جهة المبيع (الى ان قال) وقواه (ص) الخراج بالضم معناه ان الخراج ان يكون المال يتلف من ملكه ولما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لان الضمان انتقل اليه بالتبض كان =

فيعم ما اذا كان بالاستيفاء او بغيره .

ولا يخفى ان السيد قدس سره في الحاشية وان ذهب الى كونها رواية نبوية الا انه لم يظهر لنا ذلك بل الظاهر كونها من كلام الفقهاء مستفادة مما ورد في الموارد المختلفة كما استفيد تنجيس ما يلاقى النجس مما ورد في الموارد المختلفة واستظهر كونها من باب المثال لا لخصوصية فيها (وكيف كان) يمكن التمسك بهذين الوجهين لاثبات الضمان في المقام ولا يعارضها ما استد الى ابن حمزة من قوله (ص) (الخراج بالضمان) (اولاً) لضعف سنده ولم يعلم استناد المشهور اليه (وثانياً) لقصور دلالته فان المحتمل فيه وجوه :

(منها) : وهو الاظهر وان لم اجد من ذكره ان يراد بالخراج خصوص ما يقابل المقاسمة دون مطلق المنافع والمعنى ان خراج الاراضي الخراجية يكون بسبب الضمان

= الخراج له انتهى .

وفي المختلف للعلامة الحلي ج ٢ ص ١٢٣ اخر الفصل التاسع من كتاب التجارة في مسألة البيع الفاسد اذا انتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده واسترد البائع المبيع لا يسترد ثمن ما انتفع به واسترد الولد ان حملت به امه عنده وولدت لانه لوتلف لكان من ماله وقوله (ع) الخراج بالضمان محمول على الصحيح والا لكان الغاصب مالكا انتهى .

وفي الجواهر المسألة الرابعة من احكام الخيار وهي ملك المشتري المبيع الخيارى بالعقد وانقضاء الخيار واستدل على ذلك بامور منها النبوي الخراج بالضمان الذي معناه ان الربح في مقابلة الخسران فان الخراج اسم للفائدة الحاصلة في المبيع والمراد انها للمشتري كما ان الضرر الحاصل بالتلف عليه فهو دال على المطلوب وان كان مورد الحديث خيار العيب انتهى .

هذا ما تيسر لي عاجلا في هذا الحديث (عبد الرزاق الموسوي المكرم)

قوله : (ره) واما المنفعة للفائتة بغير استيفاء (١) .

وتقبلها من السلطان العادل او الجائر فاذا ضمن احد شيئا يكون هو المطالب بخراجها وان انتفع بها شخص اخر (وعليه) يكون اجنبيا عما نحن فيه .

و (منها) : ان يراد بالخراج مطلق المنافع وحينئذ يحتمل ان يراد بالضمان مطلق الضمان سواء كان اختياريا او غير اختياري وعلى هذا الاحتمال يتم ما افتى به ابو حنيفة من عدم ضمان الغاصب لما استوفاه من منافع العين المغصوبة ولا يلتزم به (ابن حمزة) ولا غيره .

و (منها) : ان يراد به خصوص الضمان الاختياري الثابت بالالتزام اذا كان ممضى شرعا وقد اختاره العلامة (ره) وغيره فيكون المعنى من تقبل العين بعقد صحيح يملك منافعها بالتبع (وعليه) يكون اجنبيا عما نحن فيه .

و (منها) : ان يراد بالضمان خصوص الاختياري لكن اعم من كونه ممضى شرعا وعلى هذا يتم استدلال ابن حمزة وانى له باثباته مع كونه مرجوحا بل هو مقطوع البطلان لان لازمه ان يكون البايع ضامنا للمشتري منافع المبيع بالمبيع الفاسد اذا لم يسلمه اليه وهكذا اذا غصبه منه شخص ثالث لا بد ان يكون ضامنا لمنافعه للمشتري دون البايع ولا يمكن الالتزام بشيء من ذلك .

(١) لا يخفى انا لو بنينا على عدم الضمان في المنافع المستوفاة فلا مجال للبحث عنه في غير المستوفاة لانتفاء الضمان فيها بطريق اولى واما لو بنينا على ثبوته في المستوفاة فيقع البحث في المنافع التي لم يستوفها القابض التالف تحت يده وقد وقع الخلاف بين الاصحاب والاقوال ثلاثة الضمان مطلقا وعدمه كذلك والتفصيل بين علم البايع وجهله بالفساد واما التوقف مطلقا او في فرض علم البايع فهو بمعنى عدم العلم فلا ينبغي عده قولاً في المسألة .

ثم القول بالتفصيل لا وجه له بغد القول بالضمان على الاطلاق في المنافع

المستوفاة فان التفصيل انما هو من جهة ان المالك في فرض علمه بالفساد هو الذي سلط القابض على ماله واذن له في التصرف فلا ضمان وهذا الوجه جار في المنافع المستوفاة ايضا ولم يفصل فيها .

(فالعمدة) القولان الاولان ثم ان عبارة المصنف (ره) في المقام مشوشة فانه في صدر كلامه نفى الضمان وفي وسطه ذكر ان للتوقف مجالا وفي ذيله قوى ثبوته وقبل التعرض لبيان ما هو الصحيح من الاقوال نتعرض لحكم المنافع غير المستوفاة في المصوب .

(فنقول) قد تكون المنفعة الغير المستوفاة منفعة شأنية بمعنى ان المالك لم يكن يستوفها ولو كانت العين تحت يده كما اذا فرضنا ان المالك من الاغنياء يملك اعيانا كثيرة من اراض وبساتين وسيارات وغيرها وفرضنا انه لا ينتفع بها الا في وقت خاص مع كونها قابلة للانتفاع فاذا غصبها احد لا يضمن له تلك المنافع لانه لم يتلفها ولم يستوفها فاذا لم تكن مضمونة في الغصب لا تكون مضمونة في المقبوض بالعقد الفاسد بطريق اولي .

وقد تكون منفعة فعلية بحيث كان المالك يستوفها لولا الغصب ولا اشكال في ضمان الغاصب لها لانه اتلفها على المالك وان لم يستوفها فهذا القسم من المنافع هل يكون مضمونا على القابض في العقد الفاسد ؟ الظاهر هو العدم لعدم جريان الوجهين المذكورين في ضمان المنافع المستوفاة هنا .

اما قاعدة من اتلف فلأن القابض لم يتلف المنفعة على المالك ولم يمنع من التصرف في ماله ولم يزاحمه كما هو المفروض كما انه لم يستوفها ليقال ان الاستيفاء في حكم الاتلاف .

واما السيرة فلعدم ثبوت قيامها على الضمان لجرد تلف المنفعة تحت يد القابض من دون استناد اليه (واما الوجوه المذكورة في المتن) فلا يتم شيء منها . اما حديث

قوله : (ره) اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله (١) .

على اليد فلأمرين (احدهما) ما في المتن من عدم صدق عنوان اخذ المال على الاستيلاء على المنافع (ثانيهما) ما تقدم من ان ظاهر قوله (ع) (حتى تؤدي) اداء نفس ما اخذ وليست المنافع قابلة للاداء بنفسها .

واما دليل احترام مال المسلم فلا يستفاد منه الا توقف جواز التصرف فيه على اذن المالك .

واما حديث (لا يحل) فقد عرفت كونه ظاهرا في حرمة الافعال المتعلقة بمال الغير بدون طيب نفسه او خصوص اكله بمعنى تملكه كما هو مفاد الآية المباركة او مطلق التصرف فيه .

فلم يبق الا الاجماع المنقول في السرائر وغيره وليس بحجة كما بين في محله مضافا الى قصور دلالة فان المنقول هو الاتفاق على ان المقبوض بالعقد الفاسد يكون في حكم المغصوب ومن الواضح انه ليس بمنزلة في جميع الاحكام مثلا الأمة المغصوبة اذا وطأها الغاصب فاولدها لا يلحق الولد بالواطي لانه زان ولا يجري هذا الحكم فيما اذا كانت مقبوضة بالعقد الفاسد (فالظاهر) ان مورد الاتفاق انما هو كونه بمنزلة المغصوب في وجوب رد العين دون بقية الاحكام وبالجملة لم نعثر على ما يدل على ضمان المنافع الغير المستوفاة في المقام .

الضمان بالمثل والقيمة

(١) المعروف بين الاصحاب ان المغصوب وما في حكمه ان كان مثليا يضمن بمثله وان كان قيمياً يضمن بقيمته اذا تلف ولم ينسب الخلاف فيه الا الى الاسكافي فانه ذهب الى ثبوت الضمان بالقيمة حتى في المثل على ما هو ظاهر ما حكاه المصنف (ره) في صدر المسألة الا ان ما حكاه عنه في الامر السابع في ضمان القيمي بالقيمة ينافي ذلك فان المنقول هنا عدم التزامه بوجوب دفع القيمة في القيمي وهو

مقطوع الفساد لان لازمه القول بوجوب القيمة في المثل والمثل في القيمي ولعل في المحكى سقط وعلى كل فلم تظهر لنا فتوى الاسكافي والمهم بيان الدليل : وتفصيل الكلام في ذلك يقع في مقامين (احدهما) في الكبرى و (ثانيها) في الصغرى .

(اما الكبرى) فقد استدلل على اثباتها بوجوه كلها مخدوشة :
 (منها) : قوله « ع » على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفيه) ان غاية مدلوله اثبات اصل الضمان ووجوب رد العين اذا كانت باقية واما التفصيل بين المثل والقيمي فلا مضافا الى ضعف سنده كما تقدم .
 و (منها) : ما ورد عن ان حرمة مال المسلم كحرمة دمه وما ورد من انه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه (وفيه) ان المستفاد منه ليس الا الحكم التكليفي وعدم جواز التصرف في مال احد الا بأذنه وطيب نفسه .
 و (منها) : ما ورد من الحكم بالضمان في الموارد الخاصة (وفيه) انه لم يذكر الضمان بالمثل في شيء من ذلك بل في بعضها صرح بوجوب دفع القيمة .
 و (منها) : قوله « تعالى » (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وفيه ان الاية كانت مختصة بمورد نزولها فهي اجنبية عما نحن فيه وان كانت مطلقة كما هو الظاهر فغاية مفادها اختصاص حرمة الاعتداء بالابتدائي وجواز الاعتداء اذا كان في مقابل الاعتداء واعتبار المماثلة في ذلك من حيث نفس الاعتداء والمعتدى به واما ضمان المثلي بالمثل فلا يستفاد من الآية .
 و (منها) : الاجماع وفيه منع خصوصا مع اختلافهم في تعيين المثلي ولو تنزلنا عن ذلك واقتصرنا في مورده على القدر المتيقن فنقطع بعدم كونه اجماعا تعبديا لاحتمال اعتماد المجمعين على الوجوه المذكورة او غيرها .
 فينحصر المدرك لهذه الكبرى بقيام السيرة العقلائية عليها فان من ائلف مال

الغير يغمونه بالمثل اذا كان مثليا كالدينار لا بقيمته ولعله من هذه الجهة لازى تعرضا لبيان المثلي وانه يضمن بالمثل .

(وأما الصغرى) فقد عرف المثلي بامور كلها شرح الاسم ولايبعد رجوعها الى وجه واحد .

(منها) : ماحكي عن جمع كما في المتن من انه ما يتساوى اجزاؤه من حيث القيمة والظاهر ان مرادهم بالاجزاء هو الافراد وانما عبروا بالاجزاء من باب فرض مجموع الافراد شيئا واحدا والافراد بمنزلة اجزائه فالمعنى ان المثلي ماتساوت افراده من حيث القيمة مثلا الحنطة اذا كان (المن) منها بدرهم (فالمن) الاخر منها يقوم بدرهم بخلاف القيمي فان افراده مختلفة القيمة (كالفيروزج) .

ولكن المصنف « ره » قرر الاجزاء على ظاهره وفسر التعريف بوجه اخر حيث قال (بمعنى كون قيمة كل بعض النخ) وحاصله ان يكون قيمة كل بعض من اجزاء الحقيقة الواحدة مساوية للبعض الاخر بحسب نسبته اليه من حيث الكمية فتأمل وهو غير تام اذ لا اشكال في اختلاف قيمة الاشياء باختلاف كميتها من حيث الزيادة والنقصان فان (المن) من الحنطة اذا قوم بست دراهم (فالحقة) منها لا تقوم بدرهم واحد مع ان الحقه سدس (المن) بل تقوم باكثر من درهم فالصحيح في تفسيره ما ذكرناه واليه يرجع ما حكاه المصنف « ره » عن (السرائر) انه ماثالثت اجزاؤه وتفاوتت صفاته وما حكاه عن الدروس والروضة وغيرها .

(توضيح ذلك) : انه لا ريب في اختلاف الموجودات من حيث الخصوصيات بل لا يوجد في الخارج موجودان متساويان في جميع الخصوصيات وقد برهن على ذلك بانه لا تكرار في التجلي الا ان خصوصيات الافراد مختلفة .

فان منها ما لا دخل لها في تفاوت رغبات الناس فيها واختلاف مالياتها ومثلها لا يكون ميزانا للمثلي والقيمي ولذا لا يجب على الغاصب ومن يحكمه ردها على مالها اذا

تلفت ولو امكن ذلك باعجاز ونحوه نعم يجب ردها ما دامت موجودة .
ومنها ما تكون دخيلة في ذلك وبها ميزان المثلية والقيمية فان افراد الصنف
الواحد او النوع الواحد اذا كانت متساوية في تلك الخصوصيات كان ذلك النوع
او الصنف مثليا واذا كانت مختلفة كان قيما والمراد بالتساوي هو التقارب فان
احراز التساوي الحقيقي متعسر او متعذر مثلا (الارز) من المزرعة الواحدة تكون
افراده متقاربة من حيث تلك الخصوصيات الدخلية في الرغبات من الطعام
والرائحة ونحوها فهو مثلي وان كانت افراده مختلفة من الخصوصيات الاخر
وهكذا الدراهم والدينابر المصنوعة (بالمكاين) وكذا الاقمشة المصنوعة بها دون
المصنوعة باليد والجوهر كالياقوت لايتساوي افراده من تلك الجهات بل على ما
يقال لا يوجد فردان منه متساويين فيها وان كانا متساويين من حيث القيمة لوجود
بعض الصفات في احدهما وبعض الصفات في الاخر فهو قيمي وهذا هو الضابط
الصحيح للمثلي والقيمي وعليه لا يبق مورد يشك في كونه قيما ومثليا .
ثم لو فرض الشك في مورد فهل تتعين دفع القيمة او بتخير الضامن او
المضمون له او الرجوع الى الاصل العملي او الى القرعة وجوه (اما تعيين دفع
القيمة) فهو مبني على كون المقسام من قبيل الاقل والاكثر بتخيل ان رد المالية
واجبة على الضامن قطعاً ويشك في وجوب ردالخصوصيات المثلية اعني الاوصاف
والاصل عدمه (وفيه) انه مبني على ان يراد بالقيمة المعتبرة ردها في القيميات
المالية المشتركة بين جميع الاموال وليس كذلك بداهة عدم كفاية رد مالية القيمي
التالف في ضمن جنس اخر مثلا اذا كان التالف (حديدا) لايجوز رد ماليته في
ضمن الدهن او الجبن بل المراد بالقيمة ما هو متمحض في المالية وهو الدرهم
والدينار ولذا تكون خصوصياتها الشخصية ملغاة عند العقلاء (وعليه) فيدور
الامر في المقام بين متباينين اعني المثل او الدرهم والدينار لا الاقل والاكثر .

(واما تخيير الضامن) فهو مبني على كون المورد من قبيل المتباينين ولكن بما ان الموافقة القطعية بدفع المثل والقيمة معاً ضرر على الضامن او مخالف للاجماع فهي ليست بواجبة فيكتفي بالموافقة الاحتمالية وهي حاصلة باداء كل من المثل او القيمة فالضامن مخير في دفع اي منهما شاء .

(واما تخيير المالك) فهو ايضا مبني على ذلك لكن بدعوى ان الاشتغال اليقيني يستدعي الفراغ اليقيني وهو يحصل بالتراضي مع المالك ودفع ما اختاره (وفيه) ان تخيير الضامن بعد عدم وجوب الموافقة القطعية لاحد الوجهين المذكورين انما يتم لو كان الامر منحصرا بالموافقة الاحتمالية وليس كذلك لاحتمال وجوب الرجوع الى ما يقتضيه الاصل او القرعة التي هي لكل امر مشكل .

وهكذا في تخيير المالك فانه لاوجه لالزام المالك الضامن بخصوص المثل او القيمة اذا لم يتراضيا عليه ومجرد كون الاشتغال اليقيني مقتضياً للفراغ اليقيني لا يصحح ذلك بل يرجع في امثال المقام الى القرعة كما في موارد التنازع او فيما اذا علم احد بالاقتراض من زيد ولم يعلم ان ما اقترضه كان درهما او عرضا فانه بعد عدم وجوب دفع كليهما عليه يتعين احدهما بالقرعة .

(ويمكن القول) بتعين المثل لان مقتضى على اليد او السيرة العقلانية استقرار ضمان الطبيعي والصفات والخصوصيات الشخصية على ذمة الضامن لاستيلائه على جميعها فيجب ردها اجمع اذا كانت العين باقية وامكن ردها واذا تعذر رد الخصوصيات وجب رد الطبيعي اعني المالية والاصناف ويكون ذلك برد المثل واذا تعذر رد الاصناف ايضا اقتصر على رد المالية المحضة .

(وبعبارة اخرى) مقتضى السيرة وحديث على اليد وجوب اداء الاصناف التي استولى عليها الضامن الا فيما قام الدليل على عدم وجوب ردها وهو ما اذا كان التالف قيمياً فما لم يثبت ذلك يجب فيه رد الاصناف باداء المثل .

قوله رة : فلو فرض نقصان المثل عن للتالف من حيث للقيمة (١)

(وبالجمله) دوران الامر بين تخيير المالك او الضامن مبني على كون المقام من قبيل المتباينين بان يتردد ما استقر على ذمة الضامن بين المثل والقيمة وليس كذلك فان الضمان لغة بمعنى الاشتمال وانا يطلق في المقام باعتبار اشتمال الذمة على نفس العين واستقرارها فيه مطلقا بما لها من الخصوصيات الشخصية والادوصاف النوعية فاذا امكن ادائها برد العين وجب والا فيجب رد الادوصاف النوعية الا فيما احرز عدم وجوبها فليس امر الضمان دائراً بين متباينين لتصل التوبة الى التخيير .

(ولو تنزلنا) عن ذلك فالمرجع هو القرعة فانها لكل امر مشكل ولا وجه للقول بسلطنة الضامن على الزام المالك بقبول خصوص المثل او القيمة اكتفاء بالموافقة الاحتمالية او العكس تحصيلاً للفراغ اليقيني فان كل ذلك يحتاج الى دليل . (فان قلت) اذا توقف تحصيل العلم بفراغ ذمة الضامن على جعل الاختيار بيد المالك وجب ذلك بحكم العقل من دون التماس دليل اخر .

(قلت) نعم الا ان الضامن ربما يكون مجنوناً او صغيراً لا يجب عليه تفريغ الذمة فيبقى جهة الكلام فيما ثبت في ذمته مع القطع بعدم الفرق بينهما وبين غيرها ولا يمكن حينئذ جعل الاختيار بيد المالك لانه على خلاف مصلحة القاصر .

ويجري ما ذكرناه من الرجوع الى القرعة في كثير من موارد اختلاف المتباينين في الثمن او المثمن واختلاف الزوجين في المهر الى غير ذلك .

(١) الظاهر تعيين رد المثل ولو نقص قيمته ولا ينتقل الى القيمة وذلك لان نقصان المالية لا يكون مضموناً على الغاصب ومن بحكمه ولذا لو فرضنا تاجر اصنع شيئاً اوجب نقص مالية اموال تاجر آخر لا يكون ضامناً لنقص المالية بل لو سقطت به عن المالية لا يكون ضامناً فالمضمون ليس الا المال لا المالية وعليه فالواجب على الضامن رد المال الذي اخذه وان نقصت ماليته ولا يقاس بما اذا سقط المثل عن

قوله ره : مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية (١)

المالية رأسا (ويؤيده) ماورد فيمن اقترض دراهم فاسقط رواجها السلطان وروج غيرها فان عليه الدراهم الاولى (١) .

وتوهم سقوطها بذلك عن المالية رأسا فاسد فان الدراهم المتعارفة في تلك الاعصار لم تكن من القرطاس وانما كانت من الذهب والفضة فكان لموادها مالية فلم يكن اسقاط السلطان لها موجبا لزوال ماليتها رأسا وانما كان موجبا لتقصانها في المالية .

(١) لو فرض سقوط المثل عن المالية حين الاداء كما في الدنانير الرائجة في عصرنا اذا اسقطها السلطان فهل ينتقل الضمان الى القيمة او يكفي برد المثل الظاهر الانتقال الى القيمة في الفرض لان مقتضى السيرة وحديث على اليد لزوم رد المال الماخوذ فاذا فرضنا سقوطه عن المالية لم يصدق على رده اداء المال الذي استولى عليه وقد مثل له المصنف (ره) بما اذا كان زوال المالية من جهة اختلاف الزمان كالثلج في الصيف والشتاء او المكان كالماء على النهر او في البر الذي لا يوجد فيه الماء .

(١) في التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ باب بيع الواحد بالاثنتين وما يجوز منه وما لا يجوز وفي الاستبصار ج ٣ ص ١٠٠ طبع النجف عن محمد بن عيسى عن يونس قال كتبت الى ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي علي رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاء بدراهم أغلا من تلك الدراهم الاولى ولها اليوم وضیعة فاي شيء لي عليه التي اسقطها السلطان او الدرهم التي اجازها السلطان فكتب عليه السلام الدراهم الاولى .

ورواه في الوسائل ج ٢ ص ٦٠٧ باب ١٩ في احكام الصرف طبع عين الدولة .
ورواه في الكافي على هامش مراة العقول ج ٣ ص ٤٣٠ اخرباب الصرف .
(المكرم الموسوي)

قوله ره : وهذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيميات (١)
قوله ره : لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل (٢)

(١) اذا فرضنا في القيمي تمكّن الضامن من رد مثله بان كان مالكا لما يساوي التالف من حيث الصفات اما خارجا واما في ذمة المضمون له فهل يجب على الضامن حينئذ دفع المثل في الاول ويحكم بالتهار في الثاني اويبقى التالف على قيمته فيجب اداء قيمته ؟

(الظاهر) هو الاول لما ذكرناه من ان مقتضى القاعدة وجوب رد الصفات النوعية الا اذا قام الدليل على عدم وجوبه وليس في البين اطلاق يقتضي عدم وجوب ردها في القيميات مطلقا حتى في مثل الفرض وان صرح برد القيمة في بعض اخبار الضمان فلا بد من الاختصار في ذلك على المتيقن وهو صورة عدم تمكّن الضامن من رد المثل .

(٢) قد عرفت انتقال العين الى عهدة الضامن بمجرد استيلائه عليها بما لها من الخصوصيات الشخصية والنوعية فاذا امكن رد الخصوصيات الشخصية بان كانت العين باقية وجب واما اذا تلفت وامتنع ردها بنفسها وببديلها فلا محالة من رد الاوصاف النوعية برد المثل وهو الكلي المشتمل على تلك الصفات فاذا تعذر ذلك ايضا وجب رد القيمة المجردة .

(وعليه) اذا فرضنا أن المثل لا يوجد الا باكثر من ثمنه فله صورتان الاولى ان تكون الزيادة من جهة ارتفاع القيمة السوقية والثانية ان تكون الزيادة من جهة انحصار البايع بمن لا يرضى ببيعه الا باكثر من قيمته عناداً او لغير ذلك وحينئذ ففي لحوقه باعواز المثل وصيرورته قيميا حكما في الصورتين او بقاءه على مثليته كذلك او التفصيل بينهما بالالتزام بوجوب رد المثل في الاولى والقيمة في الثانية وجوه :

قوله ره : لو تعذر المثل في المثلي (١)

أما عدم وجوب رد المثل مطلقا فلانه ضرري يرفع بحديث لا ضرر .
وأما وجوب المثل مطلقا فوجهه إن الضامن هو الذي اقدم على ضرر نفسه
باستيلائه على العين فلا يكون موردا لقاعدة نفي الضرر .

وأما التفصيل فالوجه تضرر الضامن في الصورة الاولى برد المثل لانه لا يدفع
الى المالك الا ما اشتغلت به ذمته وتفاوت الامور الاعتبارية من زيادة المالبية أو
نقصانها لا يكون ضرراً عليه وهذا نظير ما اذا كانت العين بنفسها باقية وارتفعت
قيمتها السوقية فهل يتوهم انتقالها الى القيمة لكون ردها ضروريا وأما في الصورة
الثانية فرد المثل مستلزم لتضرره باكثر مما ثبت في عهده فيعنه القاعدة .

(وبعبارة اخرى) نفس الحكم بالضمان ضرري بطبعه فكلما لم يكن اداء المثل
متوقفا الا على مقدار من الضرر يستدعيه طبع الضمان كما في الصورة الاولى لا يرتفع
وجوبه بحديث (لا ضرر) واما اذا استلزم ضرراً زائداً على ما كان يقتضيه الضمان
فيعنه دليل نفي الضمان كما في الصورة الثانية فينتقل الى القيمة .

(١) لا بد في فرض اعواز المثل من التكلم في جهتين . :

(احدهما) من حيث الزام الضامن المالك بقبول القيمة .

(ثانيتهما) في ان المالك له ان يلزم الضامن بدفع القيمة ام لا .

اما الجهة الاولى فالظاهر ان الضامن ليس له حق الزام المالك بالقيمة بل
للمالك ان يمتنع من قبولها وينتظر زوال العذر لان الاوصاف النوعية كما ذكرنا ثابتة
في عهده ولا تسقط في الفرض الا برضى المالك .

أما الجهة الثانية فلا ينبغي الربيب في ان المالك له الزام الضامن بدفع القيمة
لان الاوصاف النوعية من حقوق المالك على الضامن وله رفع اليد عن حقه واسقاطه
بقبول غيره بدلاً عنه كما ان المبيع اذا كان مشتملا على اوصاف فله المشتري رفع

قوله ره : ان العبرة في قيمة المثل (١)

قوله ره : بما اذا طرأ تعذر المثل (٢)

قوله ره : ثم المراد باعواز المثل (٣)

اليد عنها ورضاه بالمبيع الفاقد لها والسيرة العقلائية تساعد ما ذكرناه فانهم يلزمون الضامن بدفع القيمة عند اعواز المثل اذا طالب بها المالك .

(١) الاقوال في المقام خمسة على ما ذكره العلامة في القواعد وهي مبتنية على انتقال المثلي او المثل او الجامع بينهما الى القيمة وهو غير صحيح بل العين بنفسها تنتقل الى العهدة وعليه يتعين قيمة يوم الدفع لبقاء العين في الذمة الى زمانه وفيه يحصل الفراغ عنها .

(وتوهم) تعين قيمة وقت المطالبة لانه زمان سقوط الاوصاف النوعية عن عهدة الضامن باسقاط المالك (فاسد) لان المطالبة بالقيمة ليست اسقاطا للاوصاف والا لزم عدم جواز المطالبة بالمثل اذا طالب بالقيمة وان لم يدفعها الضامن ثم تيسر له المثل بل لا يبعد عدم قابلية الاوصاف للاسقاط فتأمل فالمتحقق في المقام رضاه المالك بغير الجنس عن الجنس ولا يتحقق ذلك الا بالدفع خارجا فيكون الميزان بالقيمة يوم الدفع لا غير .

(٢) قد ذكرنا غير مرة ان العين بمجرد الاستيلاء عليها تنتقل من الخارج الى عهدة الضامن ومن وعاء التكوين الى وعاء الاعتبار من دون ان تنقلب الى المثل او القيمة ولا يفرق في ذلك بين المثلي والقيمي كما لا يفرق في القيمي بين ما اذا كان تعذر المثل ابتداءً او طارئاً بعد التمكن منه سواء كان مستمراً دائماً او كان مما يرجى زواله .

(٣) حكى المصنف (ره) عن التذكرة ان المراد باعواز المثل عدم وجوده في البلد وما حوله وزاد عليه في المسالك كونه مما ينتقل اليه عادة كما ذكروه في السلم

- قوله ره : ثم ان في معرفة قيمة المثل (١)
 قوله ره : ولو كان في غير بلد للضمان (٢)
 قوله ره : خروجه عن القيمة (٣)

وعليه اذا فرض وجوده في نواحي البلد ولكن لم يكن مما ينقل اليه عادة لاينا في
 صدق الاعواز .

(ونقول) لم يرد الاعواز في دليل شرعي ليدعي انصرافه الى ذلك كما لم
 يرد تحديده به شرعا والقاعدة على ما ذكرناه تقتضي وجوب رد المثل الا اذا تعذر
 فيكون الميزان بالتعذر الشخصي من غير فرق بين وجوده في البلد او نواحيه
 وعدمه فانه ربما يكون المثل موجودا فيها ولا يتمكن الضامن من تحصيله وقد لا
 يوجد الا في البلاد البعيدة ولكن يقدر الضامن على تحصيله بلامؤنة زائدة فالميزان
 بالتعذر الشخصي ويلحق به ما اذا استلزم تحصيله ضرراً زائداً على ما يقتضيه رد
 المثل في طبعه .

(١) قد تختلف بحسب اختلاف الازمنة كالقواكه في اول فصلها وفي وقت
 وفورها ولكن على ما بيناه لاشكال في ذلك لان المعيار انما هو بقيمة يوم الدفع على
 جميع التقادير .

(٢) اذا فرض تعذر المثل في البلد ولكن من باب الصدفة والاتفاق اجتمع
 الضامن والمضمون له في بلد اخر وكان اداء المثل فيه ميسورا وجب عليه رده
 وان كانت قيمته فيه اكثر من قيمته في بلد القبض كما ان العين بشخصها لو كانت
 موجودة فيه وجب ردها اذا طلبها المالك هناك وان كانت قيمتها اكثر من قيمتها
 في بلد القبض .

(٣) اذا تعذر المثل من حيث المالية بان سقط عن المالية رأساً كالثلج في
 الشتاء فليس رده مصداقاً لقوله (ص) (حتى تؤدي) الظاهر في وجوب اداء

قوله ره : ثم تمكن من المثل (١)
قوله ره : لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً (٢)

المال الموافق للسيرة فلا محالة يكون في حكم تعذر الرد فيجب رد القيمة فتأمل .
ثم الميزان في القيمة انما هو بادني القيم اعني قيمة الزمان المتصل بوقت سقوطه
عن المالية الذي هو بمنزلة زمان تلف المثل وسقوط الاوصاف النوعية عن ذمته
اذلا دليل على ضمانه بازيد من ذلك .

(١) فصل قدس الله سره في عود المثل المتعذر في ذمة الضامن اذا تمكن منه
بعدها ادى القيمة الى المالك بين المباني اعني القول ببقاء المثل في الذمة بعد الاعواز
او القول بانقلاب المثل قيمياً وبين القول بانقلاب المثل الى القيمة فذهب الى عدم
العود على القولين الاولين واحتمل العود على القول الثالث بتخيل ان القيمة
حينئذ بدل الحيلولة عن المثل فيعود المبدل عند انتفاء الحيلولة

(وما ذكره قده) من الغرائب فانه لو قام دليل على بدل الحيلولة لكان
جريانها على القول الاول اولى لان المالك حينئذ يملك المثل على ذمة الضامن فعند
التعذر له ان ياخذ البديل واما على القولين الآخرين فلا مجال لتوهم ذلك اصلاً فان
ما يملكه المالك على عهدة الضامن ليس الا القيمة فلا معنى لكونها بدل الحيلولة .

(٢) قد استدل على ذلك بالاجماع والاخبار الواردة في موارد متفرقة الا
انه ليس لها اطلاق يعم جميع الفروض كما ان السيرة العقلانية ايضا قائمة على عدم
انتقال الاوصاف النوعية الى عهدة الضامن فيما اذا لم تكن قابلة للاداء فيختص
ذلك بما اذا لم يكن اداء المثل ميسوراً للضامن ولو كان قيمياً كالعبد والامة فاذا
كان متمكناً من ذلك بان كان مالكا للمثل اتفاقاً يجب عليه اداء المثل كما انه اذا
كان مالكا له على ذمة المالك يحكم بسقوطه بالتأثر القهري .

وذلك لما عرفت من ان مقتضى القاعدة انتقال العين التالفة الى ذمة الضامن

قوله ره اختلافوا في تعيين للقيمة (١)

مطلقاً بما لها من الاوصاف النوعية الا اذا لم يكن متمكناً من دفعه (وعلى هذا) فالفرق بين المثلي المتعذر والقيمي انما هو من حيث ان الضامن ليس له في المثلي ان يلزم المالك بقبول القيمة بل له ان يصبر حتى يوجد المثل او يتمكن من ادائه واما في القيمي فللضامن الزامه بقبول القيمة لان ما انتقل الى عهده انما هو العين بماليته دون اوصافها النوعية فلا يضمن له غيرها .

تعيين القيمة

(١) قد عرفت انه ليس لدليل ضمان القيميات بالقيمة اطلاق فلا بد من الاختصار فيها على المتيقن وهو ما اذا لم يتمكن الضامن من اداء المثل فحيثئذ ينتقل الى القيمة فيقع الكلام في تعيينها وهل ان الميزان بقيمة يوم القبض كمناسب الى الاكثر او بقيمة يوم التلف كما اختاره المصنف (ره) او بقيمة يوم الدفع وقد نسب الى جمع أو أعلا القيم من يوم القبض الى يوم التلف او الى يوم الدفع او من يوم التلف الى يوم الدفع وجوه .

أما القول بقيمة يوم القبض فهو مناف لما يقتضيه الضمان في طبعه اذ لا وجه لانتقال العين الى القيمة مع فرض بقائها خارجاً فمجرد الاستيلاء على العين لا يوجب الضمان بالقيمة ليكون الميزان بقيمة ذاك الوقت فهو على خلاف القاعدة والمدرک فيه منحصر (بصحیحة ابي ولاد) الواردة في الغصب (١) بعد البناء على ان

(١) رواه ابي ولاد بتامها رواها الكليني في الكافي ج ١ ص ٤١٣ وعلى هامش مراة العقول ج ٣ ص ٤٣٢ باب الرجل يكتري الدابة فيجاوز بها الحد كتاب الاجارة حديث ٦ ورواها الشيخ الطوسي في التهذيب ج ٢ ص ١٧٦ كتاب الاجارة -

المقبوض بالعقد الفاسد بمنزلة المغصوب اجماعا كما ادعاه الحلي في (السرائر) او من جهة القطع بان المقبوض بالعقد الفاسد ليس اسوأ حالا من المغصوب فاذا لم تكن زيادة القيمة من زمان الغصب الى زمان التلف مضمونة في المغصوب بمقتضى الصحيحة لاتكون مضمونة في المقبوض بالفاسد ايضا فيكون الميزان بقيمة يوم القبض زادت بعد ذلك او نقصت وستكلم فيها انشاء الله .

- وفي الاستبصار ج ٣ ص ١٣٤ طبع النجف في الاجارة في نفس الباب وعن الكافي والتهذيب ج ١٠ ص ١٢٦ مجلد ٣ في الاجارة في نفس الباب ونصها قال ابو ولاد : اكرت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فابتعته وظفرت به وفرغت فيما بيني وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي ومجيئي خمسة عشر يوماً واخبرت صاحب البغل بعذري وارادت ان التحلل منه مما صنعت وارضيه فبدلت له خمسة عشر درهما فاني ان يقبل فتراضينا بابي حنيفة فاخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعت سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوماً قال ماتريد من الرجل قال اريد كراء بغلي فقد حبسه علي خمسة عشر يوماً فقال اني ما أرى لك حقا لانه اكرته الى قصر ابن هبيرة فخالف وركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه قال فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افي به ابو حنيفة واعطيته شيئا وتحللت منه وحجبت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله عليه السلام بما افي به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه نجس السماء ماءها وتمنع الارض بركاها قال فقلت لابي عبد الله عليه السلام فما ترى انت قال ارى له عليك مثل كراء البغل من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى -

وأما القول بقيمة يوم الدفع فهو وإن كان مقتضى القاعدة اعني بقاء المثل في الذمة وعدم سقوطه الا بالدفع الا انه مناف لما بنينا عليه من ان الضامن له الزام المالك بقبول القيمة فان لازمه عدم ثبوت شيء في عهدة الضامن سوى القيمة (وعليه) فقيمة يوم التلف تكون هي المتعين لانه زمان انتقال العين الى القيمة فطبعاً يكون الميزان بقيمة ذاك الوقت الا ان الصحيحة دلت على خلاف ما تقتضيه القاعدة فلا بد من التكلم فيما اشتملت عليه .

(منها) : قوله (ع) بعد ما سأله الراوي وقال ارأيت لو عطب البغل اي هلك او نفق اي مات اليس كان يلزمني (نعم قيمة بغل يوم خالفته) وهذه الجملة مورداً لاستدلال في المقام والتمسك بها مبني على رجوع القيد وهو قوله (ع) (يوم الكوفة توفيه اياه قال فقلت له جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لانك غاصب فقلت ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر او دبر او عقر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة ويلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه او يأتي صاحب البغل بشود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كذا وكذا فيلزمك قلت اني اعطيته دراهم ورضي بها وحللتني قال انما رضي واحلك حين قضى عليه ابو حنيفة بالظلم والجور ولكن ارجع اليه واخبره بما افتيتك به فان جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك .

قال ابو ولاد فلما انصرفت من وجهي ذلك لقيت المكارى فاخبرته بما افتاني به ابو عبد الله عليه السلام وقلت له قل ما شئت حتى اعطيكه فقال حبيت الي جعفر بن محمد عليه السلام ووقع في قلبي له التفضيل وانت في حل وان اردت ان ارد عليك الذي اخذت منك فعلت . (عبد الرزاق الموسوي المرقم)

خالفته) الى القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الاضافات كقولك عباد غلام زيد وقول الشاعر (وليس قرب قبر حرب قبر) او باضافة القيمة الى البغل واليوم معا او اضافة المتحصل من المضاف والمضاف اليه اعني قيمة البغل الى اليوم واما بان يكون اليوم ظرفا للقيمة من دون اضافة شيء اليه . اما تتابع الاضافات فغير صحيح في المقام لان البغل من الذوات وهي غير قابلة للتقييد بالزمان واما اضافة القيمة الى كلا الامرين فهو غير معهود بل لايبعد كونها مستحيلة .

وأما اضافة المجموع المتحصل من المضاف والمضاف اليه فهو مما لا بأس به فتكون الحصة الخاصة من القيمة وهي قيمة البغل مضافة الى يوم المخالفة فيكون المعنى ضمان قيمة البغل في يوم المخالفة ونظير هذا كثير في الاستعمالات العرفية فيقال ماء رمان زيد مع عدم وجود رمان له اصلا وانا اشتري ماء الرمان ابتداء ويقال بيض دجاج زيد مع عدم وجود دجاجة له اصلا .

وأما كون اليوم ظرفا للقيمة فهو ايضا ممكن لان القيمة بمعنى ما يتقوم به وهو معنى حديثي قابل لان يقيد بالزمان ولكن يحتمل رجوع القيد اعني يوم خالفته الى قوله (ع) (نعم) الذي بمعنى يلزمك وعليه يكون اجنبيا عن تعيين القيمة فتكون الصحيحة مجملة الا انه يمكن تباعد الاحتمال الثاني بوجهين (احدهما) ما يستفاد من كلام المصنف (ره) وهو ان ذكر القيد يكون لغوا لا يترتب عليه اي فائدة لان المعنى حيثئذ انه يلزمك قيمة البغل والضمان يوم المخالفة وهذا كان امراً واضحاً ولم يكن هو المسؤول عنه فلا وجه لذكره .

(ثانيهما) ان لازم رجوع القيد اليه انتقال العين الى القيمة قبل تلفها لان السائل فرض المخالفة مع بقاء العين وقد حكم عليه السلام بضمن قيمة البغل ولم يقل به احد فتعيين الاحتمال الاول وهو رجوع القيد الى القيمة باحد الوجهين المتقدمين.

قوله ره : او ياتي صاحب البغل (١)

قوله ره : عليك قيمة ما بين للصحة والعيب يوم ترده (٢)

(١) قد يتوهم منافاة الجمل المذكورة في ذيل الصحة لما استظهرناه من صدرها وهو رجوع القيد الى القيمة وتعين قيمة يوم القبض (منها هذه الجملة) حيث امر فيها بتعيين الشهود لقيمة البغل حين اكترى ولاوجه له اذا كان الميزان يوم الغصب (والجواب عنه) ان ضمان قيمة يوم الاكتراء من حيث كونه يوم الاكتراء واضح الفساد اذلا وجه له لعدم كون البغل مغصوبا حينئذ فلا بد وان يكون ذكره لنكتة لا لخصوصية عرفناها اولم نعرفها فلا يجوز ان يجعل منافيا لتعين قيمة يوم المخالفة في الجملة الاولى .

ولايبعد ان يكون السر في ذلك اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعارف في الاسفار القريبة اكتراء الدابة في وقت الحركة او قبله بساعات لا توجب اختلافا في القيمة وقد فرض السائل مخالفته عند وصوله الى (قصر ابن هبيرة) بعد ان اخبر بخروج غريمه الى (النيل) فلم يكن فصل بين وقت الاكتراء وزمان الغصب يعتد به .

(٢) هذه الجملة الثانية المتوهم منافاتها لما استظهرناه بتخييل ان الظاهر رجوع القيد اعني (يوم ترده) الى القيمة فيستفاد منه كون العبرة بيوم الرد في قيمة ما بين الصحيح والمعيب ولا فرق من هذه الجهة بين تلف العين وصفاتها (والجواب عنه) بوجوه (الاول) ان هذه الجملة منقولة في التهذيب على ما حكاها في (الجواهر) بدون لفظ يوم ونصها هذا (قيمة ما بين الصحة والعيب ترده) فيكون ترده وصفا سواء قدر كلمة ان اولا (الثاني) ما يستفاد من كلام المصنف (ره) من كون الميزان في تعيين الارش قيمة يوم الدفع مخالف للاجماع وقد طالبه السيد والمحقق الثاني بمذكر ما ادعاه من الاجماع (ونقول) الاتفاق ولولم يكن متحققا الا ان

قوله ره : فان العبرة لو كانت بخصوص (١)

مخالفته للقواعد واضح (الثالث) ان قاعدة الاقرب يمنع الا بعد تقتضي رجوع القيد الى العيب دون القيمة فالمعنى حينئذ وجوب رد قيمة العيب الموجود حين الرد دون مازال وارتفع وان لم يكن موجودا سابقا ووجد حين الرد وهذا هو مقتضى (على اليد) الموافق لسيرة العقلاء فان الصفات التي تتفاوت بها الرغبات انما تكون مضمونة ما لم ترد والا فالغاية وهي قوله - ع - (حتى تؤدي) حاصلة فلا وجه لما ذكره المصنف (ره) من كونه مخالفا للفتوى .

(١) الجملة الثالثة من الصحيحة التي توهم منافاتها لما قدمنا قوله - ع - (اما ان يحلف) فانه ظاهر في ثبوت جميع الحقوق من الحلف والرد والبيئة للمالك وهو مخالف لقاعدة البيئة على المدعي واليمين على من انكر فالتجاء المصنف (ره) الى حمل توجه اليمين الى المالك في صورة اختلافهما في اصل قيمة البغل وتوجه الحلف اليه على ما اذا اتفقا على اصل القيمة واختلفا في نقصان القيمة او زيادتها وعدمه وجعل ذلك مبنيا على كون الاعتبار في القيمة بيوم التلف .

ثم ذكر (قدس) لفرض توجه الحلف الى المالك صورتان (احدهما) ما اذا اتفقا على قيمة البغل قبل يوم الغصب ثم ادعى الضامن نقصانها وانكره المالك فان الاصل يوافقه فيتوجه اليه اليمين (ثانيتهما) ما اذا اتفقا على القيمة الفعلية ولكن الضامن ادعى زيادة القيمة بعد التلف وانكرها المالك فان الاصل ايضا يوافقه فيتوجه اليه الحلف .

(ونقول) ما ذكره في الثانية غير صحيح اذ ليس هناك اصل يوافق قول المالك الا الاستصحاب القهقري الذي لا نقول به الا في باب الالفاظ بل الامر بعكس ما ذكره لان المالك في مركز النزاع يدعي زيادة القيمة الموجبة لضمان الغاصب لها وينكرها الضامن فقوله هو الموافق للاصل نعم ما افاده في الصورة الاولى متين

ولكن الحمل على الصورتين خلاف الظاهر فان كلمة (اما) ولفظ (أو) في قوله
 ا. ا ان يحلف او يأتي صاحب البغل بشهود ظاهرين في التخيير دون التقدير وان
 المالك يخير بين الامور الثلاثة نعم اذا وصلت النوبة الى ذلك فيمكن تصوير كلا
 الوجهين مع اعتبار يوم الغصب ايضاً كما هو ظاهر الا انه لامناس من الاخذ
 بظايره فيكون مخصصاً لقوله (ع) البيئنة على المدعي واليمين على من انكر فانه لم
 يكن من الاحكام العقلية الغير قابلة للتخصيص ولا من الاحكام الفرعية التي لم يرد
 عليها تخصيص فلقد خصص في موارد كثيرة ذكرت في (الشرايع) وغيرها يسمع
 فيها قول الرجل أو المرأة مع الحلف ويلحق بها مورد الغصب ويكون جميع الحقوق
 فيه مجعولة للمالك دون الغاصب على ما هو مقتضى القاعدة في الجمع بين العام
 والخاص اذ لم يسمع الى الان رفع اليد عن ظهور الخاص تحفظاً على عموم العام بل
 يتحفظ على ظهور الخاص ويجعل مخصصاً للعام وهذه احدى الجهات التي يقال
 فيها الغاصب يؤخذ باشق الاحوال وقد اختار ذلك الشيخ الطوسي في كتاب
 الاجارة على ما حكاه عنه المصنف (ره) .

واذا وصلت النوبة الى الحمل على الصورتين فيمكن تصويرهما مع كون
 الاعتبار بقيمة يوم الغصب كما هو واضح واما حل الحلف واقامة الشهود على ما هو
 المتعارف بين الناس في رفع اختلافاتهم فيوجب ذلك اطمئنان الطرف فهو مخالف
 لظاهر قوله (ع) (فيلزمك) الظاهر في لزوم اولالزام الشرعي الذي لا يترتب
 الا على حجة شرعية (مضافاً) الى ان حلف المالك الذي هو رجل مكاري يحلف
 على اقل من قيمة البغل او الضامن الفاسق الغاصب لا يفيد الاطمئنان .

(فظهر) انه ليس شيء في الجملة المذكورة في ذيل الصحيحة منافياً لما
 استظهرناه من الجملة الاولى الظاهرة بحسب الدلالة في كون العبرة بيوم الغصب كما
 انها صحيحة بحسب السند .

قوله ره : واضعف من ذلك (١)

قوله ره : بأن العين مضمونة (٢)

(١) استدل على وجوب دفع اعلا القيم من يوم الغصب الى يوم التلف بالصحيحة المتقدمة والظاهر عدم كونها ظاهرة فيه وقد يوجه الاستدلال بان المراد من يوم التلف طبيعي المخالفة المنطبق على جميع ايامها وبما ان الجمع في الاداء بين القيم غير لازم فلا محالة من اندراج القيم السافلة تحت القيمة العالية فيتعين دفعها .
(ولكن يرد) امران الاول ان قوله - ع - (يوم خالفته) ظاهر في صرف وجود يوم المخالفة المنطبق على اول ايامها ولذا لو تعلق حكم تكليفي بيوم المخالفة لا يستظهر منه عرفا الا اول الايام (الثاني) ان ما ذكره الامام (ع) في ذيل الصحيحة من ان صاحب البغل يأتي بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكترى كانت كذا وكذا صريح في عدم الاعتبار باعلا القيم لانه يوم خاص معين وقد ذكرنا اتحاده في مفروض السؤال مع يوم المخالفة فيكون الميران بها لا به ثم انه قد استدل على اعتبار اعلا القيم بوجوه مذكورة في المتن كلها فاسدة لا باس بذكرها والتعرض لما يرد عليها ،

(٢) هذا احد الوجوه وتقريبه ان العين كانت مضمونة على الغاصب في زمان ارتفاع قيمتها فيجب عليه الخروج عن العهدة بدفع اعلا القيم (وفيه) ان اريد بضمائها عند ارتفاع القيمة انها لو تلفت في ذلك الوقت لزم تداركها باعلا القيم فهو مسلم على تقدير كون الاعتبار بيوم التلف (لكنه غير نافع) في المقام لفرض عدم التلف حينئذ (وان اريد) به وجوب التدارك باعلا القيم بمجرد ارتفاع القيمة وان لم تتلف العين وردت الى مالکها (فهو واضح الفساد) لعدم القول به (وان اريد به) وجوب تداركها بأعلا القيمة مشروطا بما اذا تلفت العين ولو بعد نزول قيمتها فهو مصادرة لانه عين المدعي .

- قوله ره : من قاعدة نفي الضرر (١)
 قوله ره : لاشتغال ذمته بحق المالك (٢)
 قوله ره : باستصحاب الضمان (٣)

(١) هذا هو الوجه الثاني وتقريبه ان منع المغصوب منه عن التصرف في ماله حين ارتفاع قيمته كان ضرراً عليه لانه لو لم يمنع عن ماله لتمكن من بيعه باعلا القيم فيكون ضرره مستندا الى الغاصب فيجب عليه تداركه لحديث نفي الضرر (وفيه) ان لا ضرراً مما يجري فيما اذا توجه نقص في النفس او العرض او المال واما النقص في المالية فليس ضرراً عرفاً ليكون مورداً لدليل نفي الضرر ولذا لا يجري فيما اذا استورد تاجر اموالاً نقص بها اموال تاجر آخر فلا يكون ضماناً لذلك (ويشهد له بداهة) عدم ضمان زيادة المالية فيما اذا بقيت العين المغصوبة الى أن ادبت الى مالكها بعد نزول قيمتها .

(٢) هذا هو الوجه الثالث وحاصله ان اشتغال ذمة الضامن بمال المالك يقيني ولا يحصل الفراغ عنه الا باداء اعلا القيم (وفيه) عدم كون المورد من موارد الاشتغال فانه ان قلنا بانتقال العين الى الذمة حتى في القيميات كما في المثليات لزم كون العبرة بقيمة يوم الدفع وان قلنا بانقلابها الى القيمة بمعنى انتقال العين بقيمتها الى العهدة للاجماع اول بعض الاخبار فلم يثبت الاشتغال اليقيني الا بالاضافة الى القدر المثيق ويكون اشتغال الذمة بالزائد مشكوكاً فيه فيدفع بالبرائة .

(٣) هذا هو الوجه الرابع وحاصله الاستدلال باستصحاب الضمان الثابت بحديث (على اليد) (وفيه) ان الضمان بالمقدار الزائد من القيمة ليست له حالة سابقة ليستصحب فلم يبق في البين الا الوجه الخامس الذي ركن المصنف (ره) اليه وحاصله ان الضمان يتحقق باحد امرين من الاتلاف والحيلولة بين المال ومالكه وفي المقام وان لم يتحقق الاتلاف من الغاصب حين ارتفاع قيمة العين ووصولها الى اعلا القيم ولكن تحقق ما هو بحكم الاتلاف من حيث السببية للضمان كما ان الحيلولة

قوله ره : ثم انه حكى عن المفيد وللقاضي (١)
قوله ره : ثم انه لا عيرة بزيادة للقيمة بعد التلف (٢)

كانت ثابتة في سائر اوقات الغصب ايضاً الا ان القيم النازلة تدرج تحت القيمة
الأعلا فيجب ردها .

(وفيه) اولاً ان الحيلولة غير مسلمة ولا دليل على انتقال العين الى القيمة
بالحيلولة وثانياً على تقدير تسليمها انما يكون ذلك عند المطالبة المالك بالقيمة لا مطلقاً
وثالثاً ان قاعدة الحيلولة اذا كانت ثابتة فهي انما تكون في فرض تعذر تسليم العين
على الغاصب ولم يفرض في المقام تعذر الدفع على الغاصب ولا المطالبة بالقيمة من
المالك فلم يتم شيء من هذه الوجوه .

ثم لو فرض تمامية بعضها تكون معارضة للصحيحة على ما استظهرناه منها من
كونه الاعتبار بقيمة يوم الغصب اللهم الا ان يفرض اجمالها من تلك الجهة او
ظهورها في اعلا القيم .

(١) ذهبوا الى ان الضمان بقيمة يوم البيع في المقبوض بالبيع بحكم المشتري
فانه فاسد من جهة الغرر ولا وجه لذلك كما ذكره المصنف (ره) على جميع المباني
سواء اعتبرنا يوم القبض او يوم التلف أو يوم الدفع أو اعلا القيم اذ لا خصوصية
لفساد البيع من جهة تفويض الثمن الى حكم المشتري ولعلمهم ارادوا قيمة يوم القبض
وانما عبروا عنه بيوم البيع لاتحاده معه غالباً كما عبر في الصحيحة عن يوم الغصب
بيوم الاكتراء فكأنهم تبعوها في التعبير .

(٢) هذا واضح الا على القول بانتقال العين بخصوصياتها النوعية الى العهدة
حتى في القيميات فانه حينئذ يكون لتوهم ذلك مجال لكنك عرفت مخالفته للنص
وان كان موافق للقاعدة .

قوله ره : واما اذا كان بسبب الامكنة (١)
قوله ره : حاصلًا من زيادة العين (٢)

(١) لا اشكال في اختلاف القيمة باختلاف الامكنة غالبًا كاختلافها بحسب اختلاف الازمنة ومن ثم وقع الكلام في ان الاعتبار بمكان القبض او التلف او غير ذلك وبما ان المصنف (ره) اختار يوم التلف عند اختلاف القيمة من حيث الزمان ذهب في المقام الى ان العبرة بمكان التلف (ولكن الصحيح) ان العبرة بمكان القبض ويدل عليه سكوت الامام (ع) في الصحيحة المتقدمة فان تعيين سائر الامكنة يحتاج الى مؤنة زائدة فاذا لم يبين تعيين مكان التخلف وزمانه معا (ويؤكد) قوله عليه السلام في ذيل الصحيحة (اويأتني بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكثري كذا وكذا) فانه بحسب المتعارف يؤتي بالشهود من بلد الاكثراء لامن غيره ممن لم يشاهد البغل كما ان الشهود بحسب الطبع يعينون قيمة بلدهم لا البلاد النائية .

(٢) لا اشكال في ضمان الزيادات العينية لدخولها تحت اليد كنفس العين ووقت استقرار ضمانها هو زمان حدوثها وانما الكلام في تعيين قيمة تلك الزيادات الفائتة هل هو بيوم ضمانها او يوم فواتها او باعلا القيم او بغير ذلك (والظاهر) كون العبرة بقيمتها يوم قبض العين فيقوم العين واجدة لتلك الصفة يوم الاستيلاء عليها (وذلك) ان الصفات لا تقابل بالمال عرفًا ويظهر ذلك من بعض كلام المحقق النائيني (قده) ولذا لم يكن بيع نقش الفرش او صفة العبائة يبيعا عرفيا ولا يحصل به الشركة بين البائع والمشتري بان تكون المادة ملكا لاحدهما والهيئة ملكا للآخر بل الصفة دائما توجب زيادة مالية العين (وعليه) لاعمى لتقويم الصفة مستقلا وقت حدوثها فانها كما عرفت تابعة للعين موجبة لزيادة ماليتها فتتبعها في التقويم ايضا فتقوم العين كما ذكرنا واجدة لتلك الصفة بقيمة يوم قبض العين وان كان حدوث الضمان بالاضافة الى المالية الزائدة بسبب تلك الصفة انما هو وقت حدوث الصفة هذا كله

قوله ره : حكم تعذر للوصول (١)

في فروع الضمان في القيميات .

بدل الحيلولة

(١) لو لم تكن العين تالفة ولا في حكم التالفة ولكن تعذر الوصول اليها فالمعروف ضمان الغاصب ومن يحكمه لبدل الحيلولة واستدل عليه بامور : (الاول) قاعدة لا ضرر فان الحيلولة بين المالك وماله ضرر عليه فلا بد من تداركه بضمان بدل الحيلولة (وفيه) اولا ان الاستدلال بها مبني على كونها شاملة للحكم الذي ينشأ منه الضرر وعدم اختصاصها بالموضوع الضرري كالوضوء او الغسل الناشيء منه الضرر والضرر في المقام انما ينشأ من عدم جعل الضمان وليس له موضوع ضرري (وثانيا) ان جعل الحكم لترتب الضرر على عدمه وان كان ممكنا ثبوتا الا ان دأبل لا ضرر اثباتا ظاهر في نفي الحكم المجموع اذا استلزم الضرر فلا يكون مثبتا للحكم اذا ترتب الضرر على عدمه كما في المقام فان المدعى اثبات الضمان لكون عدمه ضررا على المالك (وثالثا) بين حديث لا ضرر وبين ما التزموا به من بدل الحيلولة عموم من وجه فانه قد يتضرر المالك اذا حيل بينه وبين ماله في مدة قصيرة كيوم او اقل منه ولم يلتزموا فيه ببدل الحيلولة وقد ينعكس الامر فقد لا يتضرر المالك بالحيلولة بينه وبين ماله في مدة طويلة من جهة عدم الحاجة اليه مع التزامهم فيه بها فكيف يمكن ان يكون هو المدرك لها (وبالجمله) لو كان المدرك لبدل الحيلولة قاعدة لا ضرر لزم ان لا يفرق في ثبوتها بين كون زمان التعذر طويلا او قصيرا .

(ورابعا) ان لازم التمسك بلا ضرر لثبوت بدل الحيلولة حتى فيما اذا كانت الحيلولة بتبعيد المالك عن ماله وحبسه في مكان يتعذر الوصول اليه الى مدة طويلة

فأله يتضرر بذلك كما في عكسه ولم يلتزم احده (وخامسا) بعد الاغراض عن جميع ما تقدم تقع المعارضة بين تضرر المالك وتضرر الضامن فانه كما يتضرر المالك من عدم جعل ضمان بدل الحيلولة يتضرر الضامن من جعله فان اللازم عليه رد نفس ما اخذه واستولى عليه ولم يكن فيه ضرر عليه واما ضمانه لامر اخر من المثل او القيمة زائداً على لزوم رد العين فهو ضرر عليه فلا يعم قاعدة نفي الضرر شيئا منها . (الثاني من الامور) التي استدلت بها لبدل الحيلولة النبوي الضعيف السند الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى السلطنة على المال جواز المطالبة بمثله او قيمته عند تعذر اداء نفسه (وفيه) مضافا الى ضعف السند ان لازم التمسك به ان لا يفرق في ثبوت بدل الحيلولة بين طول زمان التعذر وقصره .

(وحل المطلب) ان غاية مفاد النبوي جواز تصرف المالك في ماله خارجا او اعتباراً وضعاً وتكليفاً ومن مصاديقه مطالبة الضامن بعين ماله واما المطالبة بما هو مغاير لماله من البديل فهي اجنبية عن النبوي راساً .

(الثالث من الامور) قوله (ع) من اتلف مال غيره فهو له ضامن والغاصب ومن بحكمه بحيلولته بين المالك وماله فوت سلطنته عليه فيكون ضامناً لها (وفيه) (ان اريد) منها السلطنة الشرعية اعني جواز التصرفات الخارجية والاعتبارية فان المالك لا يجوز له بيع ماله ولا ايجاره مع تعذر تسليمه والوصول اليه فلا اشكال في كونها حكماً شرعياً ليس اعدامه موجبا للضمان ولا يعمله دليل اتلاف مال الغير فانه ليس بمال .

(وان اريد) بها السلطنة الخارجية اعني الانتقال بالمال فهي وان كانت من الاموال والغاصب فوتها عليه فيما اذا كانت العين قابلة لان ينتفع بها مع بقائها في ملكه كالدار والفرس ولم يكن مما يتوقف الانتفاع به على اعدامه كالخبز فيكون ضماناً لتلك المنافع الا انه لا ربط لها بضمان بدل الحيلولة كما هو واضح على انه

لا يفرق حينئذ في ثبوت بدل الخيلولة بين الزمان القصير والطويل ولا بين إيجاد المانع في المال او في المالك ولا بين اليأس عن الوصول اليه والعلم به .
 (الرابع من الامور) قاعدة على اليد فانها تقتضي لزوم اداء الماخوذ بماله من الخصوصيات الشخصية فاذا تعذر رد العين وجب رد مثلها او قيمتها وهذا معنى بدل الخيلولة (وفيه) اولاً ان الاستدلال بها انما يتم فيما اذا كان الرد مصداقاً لاداء ما اخذه ولا يتم على ماسلكه المصنف (ره) في الجواب عن المحقق والشهيد الثانيين في ايرادهما على فتوى المشهور بوجوب دفع العين الى المالك اذا ارتفع التعذر لبقاء الخصوصيات الشخصية في ملكه وليس للضامن بعد رد العين استرجاع بدل الخيلولة لدخولها في ملك المالك وحاصل ايرادهما ان ذلك مستلزم للجمع بين البذل والمبدل والعوض والمعوض (واجاب) المصنف عنه بان بدل الخيلولة غرامة وليست بدلاً عن العين (فانه عليه) لا يكون دفعها اداء لما استولى عليه ولا لما في حكمه من رد المثل او القيمة (وبعبارة اخرى) ان كان بدل الخيلولة مصداقاً لرد العين يتوجه الاشكال المتقدم وان كان غرامة كما صرح به المصنف (ره) فلا استدلال حينئذ غير تام .

(ثانياً) لازم الاستدلال باليد عدم الفرق في بدل الخيلولة بين قصر الزمان المتعذر وطوله ولا بين اليأس عن زواله والعلم به كما في اللوح المثبت في السفينة اذا لزم من نزع تلف نفس او مال من غير الغاصب والمشهور لم يلتزموا بهافي مثل ذلك .
 (ثالثاً) ان على اليد ظاهر في الحكم الوضعي وان هو استولى على مال الغير فهو ضامن له بمعنى ان عينه ان كانت موجودة فيجب ردها وان كانت تالفة وجب تداركها باداء المثل او القيمة واما دفع بدل الخيلولة مع فرض بقاء العين فلا يستفاد منه .

- قوله ره : ويؤيده ان فيه جمعا بين الحقين (١)
 قوله ره : لو كان زمان للتعذر قصيراً (٢)
 قوله ره : ليس كثبوتها مع تلفها (٣)

(١) ثبوت حق المطالبة بالبدل للمالك مع بقاء العين اول الكلام وقد ظهر من جميع ما تقدم عدم الدليل عليه فان تم هناك اجماع تعبدى على ضمان بدل الحيلولة يعمل به في موردته والا فلا (نعم) المنافع التي فوتت على المالك تكون مضمونة ويجب على الضامن رد اجرتها ولكنها اجنبية عن بدل الحيلولة واما نفس العين فضايتها بالبدل يدور مدار تلفها حقيقة او حكماً بتعذرهما مع اليأس عن الوصول اليها ثم بعد البناء على ثبوت بدل الحيلولة لا بد من الكلام في فروع سيتضح كلها .

فروع على بدل الحيلولة

(٢) هذا أول الفروع وهنا يقال هل يختص بدل الحيلولة بصورة عدم تمكن الضامن من ايصال المال الى مالكة رأساً وبأسه عنه او يجري في فرض تمكنه منه اذا كان الايصال متوقفاً على مدة طويلة يتضرر بها المالك وجهان ويختلف ذلك باختلاف المباني فان المستند لبذل الحيلولة ان كان هو الاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو فرض التعذر رأساً وان كان هو الاخبار كحديث لا ضرر او من اتلف مال الغير اوعلى اليد فاطلاقها يقتضي ثبوت الضمان في الصورتين لصديق عنوان الضرر واتلاف السلطنة واليد في كليتهما .

(٣) هذا هو الفرع الثاني وحاصله ان بدل الحيلولة هل هو حق للمالك فقط او للضامن ايضا بحيث يكون له الزام المالك بقبوله كما في التلف الحقيقي الظاهر هو الاول والفرق بين التلف والتعذر انه عند تلف العين تسقط الخصوصيات عن عهدة الضامن قهراً بالتلف فلا يبقى في ذمته الا الطبيعي اعني المثل او القيمة فيكون

قوله ره : ثم ان المال المبذول يملكه (١)

للضامن حق الزام المالك بقبول ذلك لانه عين ما يملكه في عهدهته بالفعل واما في صورة التعذر فالخصوصيات غير ساقطة وذمة الضامن مشغولة بها غاية الامر للمالك اسقاطها والاعراض عنها والرضا بالطبيعي او القيمة فيكون ملزما بدفعها واما الضامن فلا حق له في الزام المالك باسقاط حقه .

(١) هذا هو الفرع الثالث وحاصله أن ما يأخذه المالك من بدل الحيلولة هل يملكه المالك او يباح له التصرف فيه فقط ؟ الظاهر اختلاف ذلك باختلاف المباني فان المدرك ان كان حديث لا ضرر فلا يستفاد منه دخول البديل في ملك المالك لان مقتضاه تدارك ما تضرر به المالك من جهة الحيلولة والمفروض انه لم يتضرر من جهة زوال الملكية لان ملكيته على عين ماله باقية ما لم ت تلف العين وله ان يتصرف فيه بما ليس التعذر مانعا عنه كالتعق وانما تضرر من جهة عدم تمكنه من التصرف في ماله ويتدارك هذا باباحة التصرف في البديل وبه ينجر ضرره (نعم) اذا تصرف في البديل بما يتوقف على الملك مما منع عنه في ماله من جهة الحيلولة نلتزم بالملكية آذاما كما في المعاطاة .

وهكذا الحال ان تمسكنا بحديث من اتلف فان التالف ليست الملكية لتكون مضمونة وانما هي قدرته على التصرف في ماله خارجا فيجب ردها في البديل (واما ما ذكره المحقق النائيني) « قده » من ان الضامن اتلف مالية العين فلم نتعقل له معنى محصلا .

واما ان كان المدرك قاعدة على اليد فمقتضاة كون البديل اداء لنفس العين الماخوذة ليعمه قوله - ع - (حتى تؤدي) ولا يكون ذلك الا باغماض المالك عن خصوصيات ماله وحينئذ يكون البديل عين ماله فيملكه لا محالة وهكذا الحال في التلف فان الخصوصية تسقط عن عهدة الضامن بتلف العين فيبقى الطبيعي فاذا

اداه فقد ادى عين ماله .

ومن هنا يتضح الحال في (الفرع الرابع) وهو دخول العين في ملك الضامن بعد ما ادى بدلها من المثل او القيمة فان مالكية المالك لكل من العين والبدل وان كان امراً ممكناً ثبوتاً بان يجعل البدل غرامة عن السلطنة التي فوتها على المالك وحال بينها وبينه كما ذهب اليه المصنف (ره) فلا يلزم منه الجمع بين البدل والمبدل الا انه في مقام الاثبات لا دليل على ضمان السلطنة سواء كانت شرعية او خارجية لا تحصر الدليل على الفرض بحديث (على اليد) ومفاده ضمان نفس العين الماخوذة ووجوب ادائها وهذا اجنبي عن ضمان السلطنة .

والظاهر التفات المحقق والشهيد الثانيين الى هذا الاحتمال وانما اعرضوا عنه لعدم الدليل فلا بد وان يكون المبدول بدلاً عن نفس العين في فرض تلف العين يتحقق معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بوجوب البدل فينتقل البدل الى المالك بدخول العين التالفة في ملك الضامن بقاءً بنحو الكشف الحكمي فيما اذا ترتب اثر على اعتباره مالكا لها بقاءً كما في مسألة تعاقب الايادي .

وبهذا يندفع الاشكال المعروف فيها وحاصله ان المالك له الرجوع الى كل من الايادي فاذا رجع الى اللاحق ليس له الرجوع الى سابقه ولكن له الرجوع الى الايادي اللاحقة وقد اشكل سر ذلك على كثير من الاعلام وعلى ما بينا عليه يتضح وجهه فان من رجع اليه المالك وادى الغرامة يعتبر مالكا للعين بقاءً فله الرجوع الى الايادي اللاحقة بمقتضى قوله - ع - (على اليد) لدخول ملكه بقاءً تحت استيلائها واما بالاضافة الى الايادي السابقة فليس له الرجوع لتحقيق الغاية بالاضافة اليها وهي الاداء والمصنف (ره) تعرض للاشكال في بيع الفضولي ووجهه بما لا يخلو عن مناقشة كما ستعرف .

هذا في التلف الحقيقي (وأما التلف الحكمي) اعني اليأس من الوصول الى

العين مع بقائها كما في الحيوان الشارد او المال المسروق او الملقى في البحر مثلاً فيلحقه حكم التلف الحقيقي ومن هذا القبيل الوضوء بالماء المغصوب فان الرطوبات الباقية بحكم التالف فيصح المسح بها بعد اداء قيمة الماء .

(وأما مع فرض التعذر) فان تمسكنا لوجوب دفع بدل الخيلولة بحديث لاضرر او بحديث من اتلف وبيننا على ان البذل غرامة فدخلها في ملك المالك لا يقتضي دخول العين في ملك الضامن وأما اذا تمسكنا فيه بقاعدة على اليد وقلنا ان المبذول يكون عين ما اخذه الضامن واستولى عليه بعد اغماض المالك عن خصوصيات ماله فيجب على الضامن رده اليه فلا محالة يتحقق هناك ايضاً معاوضة قهرية بعد حكم الشارع بالزام الضامن بدفع البذل فيدخل في ملكه (ويؤكد) ما ذكرناه السيرة العقلية في جميع موارد اداء الغرامة فان العقلاء يرون التالف راجعاً الى من دفع الغرامة لا الى مالكة الاصل (ويؤيده ايضاً) ما ربما يظهر من النص من دخول الحيوان (الموطوء الذي يراد ظهره) في ملك الواطي بعد ادائه لثمنه . (ويتفرع على هذا) فروع في الفقه منها جواز المسح ببلة الوضوء فيما اذا توضع احد بماء الغير جهلاً ثم عرف ذلك فادى قيمته (ثم انه ظهر) بما ذكرناه التهاوت بين القول بدخول البذل في ملك المالك وعدم دخول العين في ملك الضامن . ثم لا يخفى ان جواز استرداد المالك للعين بعد زوال التعذر مبني على كون الملك الثابت في المقام ملكية جائزة و لازمة وقد عرفت فيما سبق ان مقتضى عموم قوله (تعالى) لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض هو اللزوم وعدم امكان الاسترجاع فيما نحن فيه واما تمسك المصنف (ره) لذلك بقوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم فغير صحيح فان الحكم لا يثبت موضوعه على ما تقدم فلا نعيد .

قوله ره : فلا يضمن ارتفاع قيمة العين الخ (١)
قوله ره : ولا يخفى ان العين الخ (٢)

(١) أما بناء على انتقال العين الى القيمة من يوم القبض وثبوتها في عهدة الضامن لصحيحة ابي ولاد فلا ريب في عدم ضمان الغاصب لزيادة القيمة ولا لنماء العين وهكذا ان تمسكنا لوجوب البديل بحديث على اليد وبنيينا على انه اداء نفس العين فانه بعد اداء البديل لا وجه لكونه ضامنا لزيادة القيمة ولا لنماء العين كما هو الظاهر .

وأما لو قلنا بانتقال نفس العين الى ذمة الضامن وان ما يدفعه انما هو بدل عن السلطنة لاعتن العين وانما يجب دفعه لحديث لا ضرر ومن اتلف او لكونه جمعا بين الحقين فلا وجه لعدم كونه ضامنا للنماء بعد كونه حادثا في ملك المالك (وبعبارة اخرى) ان قلنا بان المبدول بدل عن التالف ولو مع بقاءه في ملك المالك فالقول بعدم الضمان وان كان وجبها الا ان لازمه الجمع بين البديل والمبدل وان قلنا بانه غرامة فالمحذور وان لم يكن جاريا الا ان نفى الضمان حيث لا وجه له فالجمع بين الامرين غير صحيح .

(٢) تعرض (قده) لموجبات الضمان فقسم اسبابه الى اقسام اربعة :

(الاول) : التالف الحقيقي وذكر ان العين به تسقط من الملكية عرفا فيكون الغاصب ومن يحكمه ضامنا .

(الثاني) : التالف الحكمي وهو ذهاب سلطنة المالك عن ماله بحيث لا يكون عودها مرجواً وهذا مورد بدل الحيلولة فتكون السلطنة على البديل بدلا عن السلطنة عن العين .

(الثالث) : تلف الاوصاف التي تخرج بها العين عن المالية رأساً مع بقائها على الملكية فيكون المبدول حيث تدعو ضامن المالية لا بدلا عن العين فتبقى العين ملكا للمالكها .

(الرابع) : ذهاب الاوصاف التي بها تخرج العين عن الملكية ايضا اما شرعا كما في الخل المتبدل خيراً وإما عرفاً كما في الكوز المكسور وحينئذ تبقى العين متعلّقا لحق المالك .

(ونقول) أما ما ذكره في القسم الاول اعني التلف الحقيقي من زوال ملكية المالك عن العين متين جدا غاية الامر بعد دفع الضامن الغرامة قد تعتبر ملكا له فيما اذا ترتب عليها الاثر كما في تعاقب الايادي .

وما ذكره في القسم الثاني من كونه مورداً لبطلان الحيلولة غير تام لان موردها صورة بقاء العين مع تعذر الوصول اليها بحيث يرجى زوال العذر ايضاً واما اذا كان العثور عليها مقطوع العدم وكان الضامن مأبوساً من الوصول اليها كما في المال المسروق او الملقى في البحر فهو تالف عرفاً فيحلق بالقسم الاول اذ ليس المراد من التلف الانعدام الحقيقي الذي ذهب بعض فلاسفة العصر الى استحالة بل المراد التلف العرفي فلا يكون مورداً لبطلان الحيلولة المصطلحة .

وما ذكره في القسم الثالث من زوال المالية مع كون العين مملوكة فربما يناقش فيه كما عن السيد (قده) في الحاشية بان ذهاب الوصف ان اوجب سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها فتسقط عن الملكية ايضا والا فهي مال . ولكن الظاهر انه لامنافاة بين بقاء العين على قابلية الانتفاع بها وبين سقوطها عن المالية .

وتوضيحه : ان الصفة الزائلة تارة توجب قلة الانتفاع بالعين كما في الاناء البلور فانه اذا انفطر يقل الانتفاع به لانه لا يجعل فيه الشيء الحار وقد كان ذلك ممكناً قبل الانفطار فزوال هذا الوصف لا يقتضي سقوط اصل المالية وان اوجب نقصا فيها .

(واخرى توجب) سقوط العين عن قابلية الانتفاع بها مستغلا ولكن يمكن

ان ينتفع بها منظما كالقلم من الخشب اذا انكسر اذ لا يمكن الانتفاع بكل قطعة منه مستقلا في الكتابة الا ان الانتفاع به منظما الى البقية في الاحراق ونحوه ممكن وزوال هذه الصفة يوجب سقوط العين عن المالية لا الملكية ومن هذا القبيل الحبة الواحدة من الحنطة او الارز وهكذا الرطوبة الباقية على اعضاء الوضوء او الخيط الباقي في الثوب المخيط .

(وثالثة) يكون زوال الصفة موجبا لسقوط العين عن قابلية الانتفاع راساً لاستقلالها ولا منظماً فتسقط عن المالية والملكية معا ولكن تكون متعلقة لحق اولوية المالك واختصاصه بحكم الشارع ومن هذا القبيل انخل المنقلب خمرًا والكوز المكسور والحيوان الميت وهذا كله ظاهر .

وانما الكلام في الدليل المثبت لحق الاولوية والاختصاص بالاضافة الى العين بعد سقوطها عن الملكية فقد يستدل عليه باشتمال الملكية عليها فاذا زالت الملكية بقيت الاولوية او يقال ان عدم جواز التصرف في ملك الغير باق بعد سقوطه عن الملكية بالاستصحاب .

(ويرد الاول) ان الملكية ليست مشتملة على الاولوية لتبقى بعد زوالها فانها امر مغاير للملكية .

(ويرد الثاني) ان عدم جواز التصرف بدون اذن المالك انما كان بعنوان الملكية وقد ارتفعت فلا مجال للاستصحاب (فالصحيح) ان يستدل عليها بالسيرة العقلانية المتصلة بزمان المعصوم (ع) فان العقلاء يرون العين مخصصة بملكها بعد سقوطها عن الملكية ولا يجوز مزاحمتها فيها (ويشهد) لذلك كونها ملكا للمالك السابق بعد عود الصفة الزائلة التي بها قوام المالية اذ ليس ذلك الا من جهة اوليته بها حين زوال تلك الصفة .

(واما ما ذكره شيخنا المحقق) من ان سبب الملكية من الارث او الشراء

قوله ره : وهل للغرامة المدفوعة (١)

او غيره كان مقتضياً للملكية وقد زاحمه مانع عن تأثيره فلم يؤثر فاذا زال المانع يستند الاثر اليه .

(فيرده) اولاً ان المقتضى والمانع والشرط المصطلحة اجنبية عن الاحكام الشرعية وليس هناك الا الحكم والموضوع (مضافاً) الى ان العين بعد عود الصفة الزائلة منها تكون مباينة لها قبل زوال الصفة عنها فانحل المنقلب خيراً مابين للخل المنقلب عن الخمر فكون السبب السابق مقتضياً للملكيتها قبل زوال الصفة لا يستلزم كونه في ملكيتها بعد عود الصفة .

(ثانياً) ان السبب انما كان يقتضى الملكية الواحدة المستمرة لا الملكية في كل آن فالمقتضى قد ارتفع بالمانع ولم يكن السبب مقتضياً للملكية اخرى .
(فالحق ما ذكرناه) مع قيام السيرة على بقاء حق الاولوية للمالك فاذا عادت العين مملوكة لاحالة تكون ملكاً للمالكها السابق (ثم ان حق الاولوية) بالعين ينتقل الى الضامن بعد ادائه الغرامة بناء على كونها اداء لمال المالك بعد اسقاطه للخصوصيات كما عليه سيرة العقلاء وهكذا اذا كانت الغرامة بدلاً عنه .

(١) اذا تعذر رد العين فادى الضامن بدلها وكان التعذر مستمراً فلا اشكال في عدم جواز مطالبة المالك بماله ثانياً لانه ادى بدله وأما اذا زال التعذر فعلى مسلك القوم يكون للمالك مطالبة عين ماله ويجب على الضامن تحصيله ولو توقف على مقدمات وجب تحصيلها واذا حصلت في يده وجب اداؤها وكل ذلك على ماسلكوه واضح .

(وانما الكلام) في انه هل يجب على المالك دفع الغرامة الى الضامن بمجرد تمكنه من تحصيل العين ولا يجوز له ابقاءها ولا التصرف فيها اولاً ؟
أما بناء على كون الغرامة اداء للعين او بدلاً عنها فلا يجب عليه ردها ولا زمه

قوله ره : المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد
الصبي (١)

عدم جواز مطالبة بالعين واما بناء على كونها بدلا عن سلطنة المالك على المطالبة بحقه الفائت بالتعذر فيجب عليه حينئذ ردها لرجوع السلطنة اليه بمجرد تمكن الضامن من اداء العين وارتفاع تعذره (وتوضيحه) اذا فرض ان الضامن تسامح عن اداء الغرامة الى ان ارتفع التعذر وتمكن من اداء العين غايته توقف ادائها على الاتيان بها من داره فانه في مثل هذا ليس للمالك المطالبة بالبدل لتمكنه من المطالبة بعين ماله فعند ارتفاع التعذر لا يجوز له المطالبة بالبدل بقاء (وبالجمله) الحكم يكون المبذول عوضا عن حق المطالبة والحكم بجواز التصرف فيه بعد زوال التعذر مما لا يجتمعان (فالمتحصل) من جميع ما ذكر ان بدل الحيلولة لادليل عليه الا اذا قام عليه اجماع تعبدى يعمل به في مورده .

شروط المتعاقدين

(١) هذا هو المعروف بينهم ومقتضى اطلاق كلماتهم عدم الفرق بين اجازة الولي وعدمها ولا باس قبل تحقيق ذلك من التكلم في مطلق افعال الصبي فيما يرجع الى الاصول والى الفروع مما لا يعتبر فيه القصد او مما يعتبر فيه ذلك من العبادات او المعاملات بالمعنى الاعم .

أما ما يرجع الى اصول الدين فقد ذكروا انه لا اعتبار بكفر الصبي واسلامه ولذا جعلوا اسلام مولانا أمير المؤمنين عليه السلام قبل بلوغه من مختصات وقد ناقش فيه بعض العامة (١) والصحيح صدق عنوان المسلم والكافر باقسامه والمترد والمشارك على

(١) لقد أكثر رواية الحديث من قصة اسلام (ابي الحسن) -ع- حال الصغر -

الصبي اذا اقر او انكر حقيقة فيعده ادلة الاحكام الثابتة لتلك العناوين الا ما ارتفع عن الصبي بحديث (رفع القلم) مثل وجوب قتل المرتد عن فطرة وحبس المرتدة كذلك في اوقات الصلاة لتتوب فانها غير ثابتة لغير البالغ (لرفع القلم) ولولاه لم يمكن الحكم بالحاق الصبي بولييه من حيث الاسلام والكفر لعدم الدليل على التبعية فتأمل وعلى هذا فليس قبول اسلام سيدنا امير المؤمنين (ع) من مختصاتنا ليناقش فيه .

- وتردد ذلك في الجوامع وتضاربت الاقوال فيها ولا يهمننا اطالة البحث انما المهم الفات نظر القارئ الكريم الى البون الشاسع بين اسلامه واسلام الصبي .

(اولا) انا لا نقول ان امير المؤمنين اول من آمن وان كان هو اول من وافق الرسول (ص) على مبدء الاسلام لما صدع بالأمر وصافقه على اظهار الدعوة ولكننا نقول متى كفر علي (ع) حتى يؤمن؟! وانما كان هو وصاحب الدعوة الالهية عارفين بالدين وتعاليمه معتنقين له منذ كيانها في عالم الانوار قبل خلق الخلق غير ان ذلك العالم مبدء الفيض الاقدس ووجودهما الخارجى مجراه (فمحمد نبي وعلي وصي وآدم بين الماء والطين) .

(ثانياً) ان رسول السماء العارف بالاحكام الالهية وشرايع النبوات قبل اسلام ابن عمه انجز له جميع ما وعده من الاخوة والوصاية والخلافة العامة حين اجاب دعوته ووازره على هذا الامر وقد احجم عنه عشيرته وقرباه يوم نزول قوله (تعالى) (وانذر عشيرتك الاقربين) .

وهل ترى ان النبي (ص) كان يومئذ يجد في شريعته عدم الجدوى باسلام (علي) - ع - لصغره الا انه حاباه - كلا وحاشا - وانما قابله بكل ترحيب وخوله مالم يخول احدا لصحة اسلامه عنده بحيث كان على اساس رصين فاتخذ رداء له كمن اعتنق الدين عن قلب شاعر ولب راجع وعقلية ناضجة يغتم بذلك محاماته ومرضاة ابيه في المستقبل .

(وأما أفعال الصبي من حيث الفروع) فالتى لا يعتبر فيها القصد كالطهارة والنجاسة والجنابة بالجماع ونحوها فالظاهر شمول أدلتها للصبي أيضا فتأمل غايته لا يترتب عليها الحكم التكليفي قبل البلوغ (وأما التى يعتبر فيها القصد) فما كان من العبادات المستحبة فادلتها تعم الصبي ولا ترتفع بحديث رفع القلم لكونه وارداً في مقام الامتنان تحقيقاً أو تقريباً فلا يرتفع به إلا ما كان في رفعه امتناناً على الصبي أو المحنن ويكون ثبوته كلفة عليه وليس في الاستحباب كلفة (وأما العبادات الواجبة) فادلتها مثل اقيموا الصلاة شاملة في نفسها للصبي ولذا ذكروا ان حديث (رفع القلم) يرفع الالتزام بالاضافة الى الصبي فتبقى المطلوبية المطلقة .

- وإذا اكبرنا النبي (ص) عن كل مدهانة ومصانعة فلا نجد مسرحاً في المقام لأيّ مقال إلا ان نقول ان اسلام (امير المؤمنين) - ع - كان عن بصيرة وثبات مقبول عند الله ورسوله وكان ممدوحاً منها عليه كما تمدح هو عليه السلام بذلك غير مرة وهو اعرف الامة بتعاليم النبي الكريم (ص) فقال انا الصديق الاكبر لا يقولها بعدي الا كاذب مفتر صليت مع رسول الله (ص) قبل الناس بسبع سنين وقال له رسول الله (ص) انت اول المؤمنين ايماناً واسلاماً كما مدحته الصحابة بذلك وهم ابصر من غيرهم يوم كانوا يغترفون من مستقى العلم ومنبع الدين وعلى هذا الاساس تظافر الثناء عليه من العلماء والمؤلفين والشعراء وسائر طبقات الامة بانه اول من اسلم .

لكن هناك ضالع في سيره حسب شيئاً فخائته هاجسته وهوى الى مدحرة الباطل فقال (اسلم علي وهو صغير) يريد بذلك الخط من مقامه وليس هناك .
(ثالثاً) لو تنازلنا عن جميع ذلك فنحن اين علمنا ان اشتراط البلوغ في التكليف كان مشروعاً في اول البعثة فلعله كبقية الاحكام التدريجية نزل الوحي به فيما بعد ولقد حكى الخفافجي الشافعي في شرح الشفا ج ٣ / ١٢٥ باب دعاء النبي (ص) على-

(وفيه) ان الوضع الواحد للحكم اما يكون الزاميا بالاضافة الى جميع افراد موضوعه واما يكون ترخيصيا كذلك وأما كونه الزاميا في بعض افراد موضوعه وترخيصيا في البعض الاخر فهو غير ممكن فتأمل (وعليه) فمقتضى حديث رفع القلم عن الصبي خروجه عن العمومات بالكلية فكيف تثبت به المطلوبة المطلقة (لكن) يمكن اثباتها بما ورد من امر الالباء ان يامروا صبيانهم بالصلاة فان الأمر بالأمر امر وبعد ضم حديث رفع القلم الى ذلك ورفع الالتزام تثبت المطلوبة لاحالة وبضميمة عدم القول بالفصل ثبت ذلك في الجميع .

(وأما غير العبادات من المعاملات) بالمعنى الاعم من العقود والايقاعات فالكلام فيها من جهات ثلاث :

(الاولى) في تصرف الصبي في مال نفسه باجازة الولي او بغير اجازته .

(الثانية) : في تصرفه في مال الولي باذنه .

(الثالثة) : في تصرفه في مال الغير بالوكالة المطلقة عن المالك .

صبي عن البرهان للحلي والسبكي ان اشتراط الاحكام بالبلوغ نزل الوحي به بعد (احد) وفي السيرة الحلبية ج ١ ص ٣٠٤ باب انه اول الناس ايمانا كان الصبيان مكلفون وانما رفع القلم عن الصبي عام خبير وعن البيهقي ان الاحكام انما تعلقت بالبلوغ في عام الخندق او الحديبية وكانت قبل ذلك منوطة بالتميز .

(رابعاً) انا معاصر الامامية نعتقد في ائمة الدين انهم حاملون اعباء الحججة متحلون بالفضائل كلها منذ الولادة كما يبعث عيسى في المهدي نبيا واوتي الحكم يحيى صبيا غير انهم بين مامور بالكلام او مامور بالسكوت وبذلك تقرر على كل واحد منهم الصحفية الخاصة به فلهم احكام يمتازون بها عن احكام الرعية ومن اقلها قبول اجابة الدعوة منذ الصغر وحينئذ لا مساغ للبحث في ذلك .

(عبد الرزاق الموسوي المكرم)

وفي كل من هذه الجهات يقع البحث في مقامين (المقام الاول) في معاملات الصبي مستقلا بحيث يكون الفعل فعله حقيقة سواء كان ذلك في مال نفسه او في مال الولي او ملك الغير بالوكالة المطلقة عنه على نحو كان مفوضا .

(والظاهر في هذا المقام) وفاقا للمعروف عدم نفوذ تصرفات الصبي اذا كان مستقلا فيها ويدل عليه قوله - تعالى - (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) فان ظاهره يفيد اناطة استقلال الصبي في التصرف بامر ينبلوغ النكاح وهو كناية عن الخروج عن حد الصبي واستيناس الرشده منه والا كان ذكر الغاية بقوله (حتى اذا بلغوا) لغوا فلا وجه لما ذهب اليه ابو حنيفة من التفصيل في نفوذ معاملة الصبي بين ما اذا كان رشيدا فينفذ وبين ما اذا لم يكن رشيدا فلا ينفذ (١) فانه مناف للقيد المذكور في الآية المباركة .

(١) ابو حنيفة يفصل بين الصبي المميز فينفذ تصرفه وان لم يكن بالغا وبين ما اذا لم يكن مميزا فلا ينفذ يدل عليه ما في احكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٧٤ عند قوله (تعالى) في النساء : ٤ (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) قال ابو بكر الجصاص اختلف الفقهاء في اذن الصبي في التجارة فقال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد والحسن بن صالح جائز للاب ان ياذن لابنه الصغير في التجارة اذا كان يعقل الشرى والبيع وكذلك وصي الاب والجد اذا لم يكن وصي اب ويكون بمنزلة العبد المأذون له .

وقال ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٢٤٦ كتاب البيع باب تصرف الصبي يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشرء فيما اذا اذن له الولي في احدى الروايتين وهو قول ابي حنيفة والثانية لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف

ولعل السر باختبار الرشد قبل البلوغ مع عدم وجوب دفع المال الا بعده ان لا يمنع البالغ الرشيد عن ماله بعد بلوغه حتى بمقدار زمان الاختبار فانه بحسب الغالب يحتاج الى مدة ولو قصيرة فاذا كان الاختبار بعد البلوغ لا بد وان يمنع في زمان الاختبار عن تسليم ماله اليه ولا وجه له .

ثم لا يخفى ان الاية الشريفة وان كانت مختصة بتصرف اليتيم في اموال نفسه مستقلاً ولا يعم تصرفه في مال غيره الا انه يمكن الحاقه بعدم القول بالفصل او بالاولوية (نعم) يعم جميع الصور رواية ابن سنان (متى يجوز امر اليتيم قال حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه) (١) فان المراد من الجواز المضي والنفوذ

- فاشبه غير المميز وفي (روح المعاني) للالوسي ج ٤ ص ٢٠٤ في هذه الاية الاختبار قبل البلوغ عند ابي حنيفة .

(١) الرواية في خصال الصدوق ج ٢ ص ٨٩ باب الثلاثة عشر من الطبع الاول قال حدثنا ابي عن سعد بن عبد الله عن احمد بن محمد بن عيسى عن احمد بن محمد ابن ابي نصر البزنطي عن ابي الحسين الخادم بياح اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال سأله ابي وانا حاضراً عن اليتيم متى يجوز امره قال حتى يبلغ اشده قال وما اشده قال احتلامه قال قلت قد يكون الغلام ابن ثمانية عشر سنة او اقل او اكثر ولا يحتمل قال اذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز امره الا ان يكون سفياً او ضعيفاً ورواها عنه في البحار ج ٢٤ ص ٣٩ كتاب الحجر باب حد البلوغ ولكن فيه (عن البزنطي عن الحسين ابي الخادم عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام الخ .

ورواها عنه في الوسائل ج ٢ ص ٦٢٩ باب ٢ حد ارتفاع الحجر عن الصغير كتاب الحجر كما نقلناه عن الخصال (و ابو الحسين الخادم لم يذكر في الرجال) .
(عبد الرزاق الموسوي المكرم)

قوله ره : ويمكن ان يستأنس له ايضاً (١)

والامر من العناوين العامة نظير عنوان الشيء فيعم جميع افعاله مما يصدق عليه انه امره سواء كان في مال نفسه او في مال غيره .

(وأما المقام الثاني) وهو ما اذا كان الصبي آلة للغير بمنزلة شفى الانسان في اجراء العقد او الايقاع فالظاهر فيه هو الجواز بداهة عدم شمول الآية له كما ان الرواية المتقدمة ايضاً غير شاملة له لعدم صدق امر الصبي على ما ليس مستقلاً فيه فتأمل بل يكون بمنزلة الآلة ويكون الفعل فعل غيره حقيقة ولذا ذكرنا تبعاً للمحققين ان الخيار لا يثبت للوكيل في اجراء الصيغة لعدم صدق البيع عليه وكذا حديث (رفع القلم عن الصبي) فان المرفوع به وان لم يكن خصوص المؤاخذة كما زعم المصنف (ره) انكون الرفع لا بد وان يتعلق بما يكون امر رفعه ووضع يده بالشارع ابتداء وهو الاحكام كما بيناه في حديث الرفع الا انه انما يرفع الاحكام التكليفية المتوجهة الى نفس الصبي ولا يرفع الحكم عن غيره الا اذا كان الصبي واسطة في البين . وبعبارة اخرى بعد ما كان الفعل الصادر من الصبي مستنداً الى البالغ فلا يرتفع بحديث رفع القلم الاحكام المتوجهة اليه لكون الآلة صبياً وهو اجنبى عن رفع القلم عن الصبي كما هو ظاهر فلم يبق في البين ما يتمسك به لعدم نفوذ مطلق معاملة الصبي سوى ما ورد من ان عمده الصبي خطأ فلا بد من البحث عن اختصاصه بباب الجنائيات والكفارات فلا يعم المقام وعدمه .

(١) الاخبار الواردة في المقام على طوائف ثلاث :

(الاولى) : رواية رفع القلم ورواية ابن سنان المتقدمتين وقد عرفت ان مفاد رفع القلم عن الصبي ليس الا رفع الاحكام التي فيها كلفة على الصبي اي فعله القابل للمضي وعدمه بمناسبة استناد الجواز اليه ولا يصدق ذلك الا فيما اذا كان الصبي مستقلاً في تصرفه ولو بالوكالة المطلقة عن الغير فلا يعم ما اذا كان آلة

محضاً لاجراء الصبيغة فان الأمر لم يكن امره ولا الفعل فعله .

(الطائفة الثانية) : ما ورد من ان عمد الصبي وخطأه واحد من غير تقييد بباب الجنائيات فاطلاقها شامل لجميع الموارد .

(الطائفة الثالثة) : ماورد من ان المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم وظاهره الاختصاص بباب الجنائيات فانها التي تحمله العاقلة .

(وربما يتوهم) تقييد الاولى بها من باب حمل المطلق على المقيد ولكنه غير صحيح لعدم التنافي بينهما بعد كونهما مثبتين (الا انه) لا يمكن الاخذ باطلاقها لوجهين وجود المانع وعدم المقتضى اما المانع فهو القطع بعدم ارادة الاطلاق فان لازمه صحة صوم الصبي اذا افطر متعمدا وصحة صلاته اذا قطعها لان عمده بحكم الخطأ وهكذا اذا سلم على غيره لايجب الرد عليه اكونه بحكم الخطأ الى غير ذلك مما لايلتزم به فالاطلاق غير مراد جزماً .

واما عدم المقتضى فانه لم يرد في الرواية ان عمد الصبي كلا عمد وانما ورد ان عمدته وخطأه واحد فيختص بموارد كان الفعل فيها بعنوان العمد موضوعاً للحكم بعنوان الخطأ محكوماً بحكم اخر فيكون صدور ذلك الفعل من الصبي بمنزلة صدوره من البالغ خطأ وهذا المعنى يختص بباب الجنائيات ولا يجري في غيرها حتى كفارات الحج التي زعم المحقق النائيني (قده) جريانه فيها فان بيع الخطأى انما يحكم بفساده لا بعنوان انه بيع خطأ بل من جهة عدم تحقق البيع العمدي الذي هو الموضوع للأثر وهكذا في بقية الموارد حتى الكفارات في الحج فانها مترتبة على الفعل العمدي فعدم ترتبه على الخطأ انما هو من جهة عدم تحقق الموضوع فتعميم مورد الرواية الى الكفارات لا وجه له . وهذا بخلاف الجنائيات فانها على اقسام ثلاثة الجناية العمدية والجناية الخطائية والملاحقة بالخطأ وهو ما اذا كان اصل الفعل مقصوداً دون عنوانه مثل ان يرمي شبحاً باعتقاد كونه غزاً الا مريدا قتله فصادف انساناً فقتله فهذا ملحق بالخطأ .

وقد رتب في الشريعة المقدسة على كل من العمد والخطأ حكم فيصح ان يقال الفعل الصادر من الصبي عمدا يلحقه حكم الصادر من البالغ خطأ . نعم قد يوجد احيانا موارد رتب فيها الاثر على الفعل الصادر خطأ . كما في بعض موجبات الكفارة في الحج مثل نتف الشعر فان عمدته محكوم بحكم وخطأه محكوم بحكم اخر وهكذا بعض الامور التي يوجب تعمدتها بطلان الحج وخطأها الكفارة الا انها ايضا خارجة عن مورد الرواية بعد ضم حديث رفع القلم اليها .

وذلك لتوجه التكليف فيها الى نفس الفاعل الذي صدر عنه الفعل خطأ كوجوب الكف من الطعام في المثال المتقدم وقد عرفت ان حديث رفع القلم رفع جميع التكاليف عن الصبي فبعد ضمه اليها ينحصر المورد بما اذا كان الفعل الخطأي موضوعا للاثر ولم يكن الاثر تكليفا متوجها اليه بل كان متوجها الى غير البالغ كالعاقلة في باب الجنائيات فان الدية عليها لا على الصبي .

وبالجملة المتحصل من الطائفة الاولى اعني حديث رفع القلم عن الصبي ورواية ابن سنان خصوصا بملاحظة اضافة الامر فيها الى اليتيم واسناد الجواز اليه ليس الا عدم نفوذ تصرف الصبي فيما يصدق عليه امر الصبي ويكون قابلا للنفوذ وعدمه كبيع الصبي ونكاحه وطلاقه مستقلا .

وأما مجرد اجرائه الصيغة فلا يصدق عليه ذلك لان العقد حينئذ يكون عقد الموكل او الولي ومجرد اجراء الصيغة ليس امراً قابلاً للنفوذ وعدمه فتأمل فما هو قابل للمضي ليس الا فعل البالغ ولا يمنع نفوذ فعله وساطة الصبي في اجراء الصيغة بعد كون الفعل فعلاً له حقيقة كما ان عدم نفوذ تصرف الصبي حال صباه لا ينافي ترتب الاثر عليه بعد بلوغه كما اذا اتلف الصبي مال غيره فانه يصدق عليه حديث من اتلف بعد بلوغه فيجب عليه الخروج عن عهده واما الطائفة الثانية والثالثة فلا اطلاق لهما لاختصاصهما بباب الجنائيات على ما عرفت .

نعم تمسك المصنف (ره) باطلاق ذيل خبر البخري (١) وهو قوله (ع) (وقد رفع عنها القلم) لم يقيد بما اذا كان الصبي مستقلاً في التصرف ولا بباب الجنائيات وقد استظهر ذلك باحد وجهين يرتبط به هذه الجملة مع الجمل السابقة بان تكون علة لقوله (ع) (تحمله العاقلة) فيتمسك باطلاق العلة وان كان المعلول مختصاً بالجنائيات او معلولاً لقوله (ع) عمد الصبي خطأ .

ولكن الظاهر عدم تمامية شيء منها اما فساد كونه علة لثبوت الدية على العاقلة فلعدم الملازمة بين الامرين فضلاً عن العلية فان ارتفاع القلم عن الصبي لا يستلزم ثبوت الدية على العاقلة اذ يمكن ارتفاع الدية رأساً وعلى فرض لزوم الدية من باب عدم ذهاب دم المسلم هدراً فيمكن ان تكون ثابتة على بيت المال او على جميع المسلمين وعلى اي حال رفع القلم عن الصبي ليس علة لثبوت الدية على العاقلة .

واما عدم كونه معلولاً لقوله (ع) عمد الصبي خطأ فلانه لو اريد به كون عمده خطأ تكوننا امكن تقريب العلية بوجه الا انه كذب محض فلا بد وان يكون ذلك تنزيلاً بنحو الحكومة بمعنى ان الشارع نزل عمد الصبي بمنزلة الخطأ ومعنى التنزيل نفي اثار المنزل عنه واثبات آثار المنزل عليه ويكون المراد من التنزيل هنا نفي اثار العمد كالقصاص وما هو شبه العمد كالدية من مال الجاني عن فعله واثبات اثار الخطأ له لكن في خصوص ما اذا كان متوجهاً الى الغير لا الى الصبي لما قدمناه وهذا معنى رفع القلم عنه فهو متمم ومبين له لا معلوله .

(١) رواية ابو البخري وهب بن وهب القرشي عن الصادق في قرب الاسناد ص ٩٥ المطبعة الحيدرية سنة ١٣٦٩ قال عليه السلام في الجنون والمعتوه الذي لا يفتق والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة وقد رفع عنها القلم ونقله عنه في الوسائل ج ٣ ص ٤٧٢ باب ٣٦ حكم غير البالغ وغير العاقل في القصاص . (عبد الرزاق الموسوي المكرم)

قوله ره : عدم مؤاخذتها بالاتلاف (١)

قوله ره : كالتعزير (٢)

وعليه لابد وان يختص بباب الجنایات لما بيناه من اختصاص تنزيل العمد منزلة الخطأ ثم لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا دلالة هذه الجملة على نفي الاعتبار عن التزامات الصبي مطلقا سواء كان باذن الولي او بدونه كما استظهره المصنف (ره) فلا ربط لها بما نحن بصدد من سلب عبارة الصبي حتى في مجرد اجراء الصيغة مع استناد العقد والالتزام الى غيره فلم يظهر لنا من الاحاديث المتقدمة شيء من ذلك .

(١) تعرض المصنف (قده) لفروع منها مسألة اتلاف الصبي وسببته للضمان وعدمه ونقول اما ماورد من ان عمد الصبي خطأ فلا يعم الاتلاف ونحوه مما لا يفرق فيه بين العمد والخطأ كما هو ظاهر وهكذا رواية ابن سنان لعدم صدق امر اليتيم خصوصا بعد اسناد الجواز وعدمه اليه على اتلافه واما حديث رفع القلم فقد عرفت ان مفاده رفع الالتزامات عن الصبي في الدنيا والاخرة واستقرار الضمان ليس منها نعم انما يوجب الحكم التكليفي بالاداء بعد البلوغ حيث يعمه حديث من اتلف ولو باعتبار الاتلاف السابق عليه (ولا ينتقض) ببيع الصبي حيث لا يترتب عليه لزوم الوفاء حتى بعد البلوغ فانه غير نافذ بمقتضى رواية ابن سنان بخلاف الاتلاف حيث لم يكن مشمولا لها .

(٢) لا اشكال في ثبوته على الصبي وانما الكلام في ان خروجه عن الاخيار المتقدمة بالتخصيص او التخصيص ويثبتني ذلك على شمولها لنفي الاحكام الثابتة للصبي او اختصاصها بنفي ما ثبت للبالغين فعلى الأول يكون خروج التعزير تخصيصا وعلى الثاني تخصيصا والامر فيه سهل على اي حال .

قوله ره : وو صيته وايصال الهدية واذنه في الدخول (١)

بحث في التقاط الصبي وحيازته

لا يخفى ان بعض افعال الصبي كالحيازة واحياء الموات والالتقاط ونحوها ذكروا عدم ترتب الاثر عليها ايضا والكلام فيها مبين على امرين .
(الامر الاول) : ان يكون القصد معتبرا في حصول الملك بها وهو خلاف
اطلاقات ادلتها مثل قوله (ع) من حاز ملك وقوله (ع) من احيا ارضا ميتة فهي
له وقوله من سبق الى مالم يسبق اليه غيره فهو اولى به الى غير ذلك .
(الامر الثاني) : ان يستفاد من الاخبار المتقدمة سقوط قصد الصبي ايضا
عن الاعتبار وهو ممنوع لانه لم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كلا قصد وما ورد
من ان عمدته خطأ مختص بباب الجنائيات وحديث رفع القلم مفاده رفع الالتزام عنه
ورواية ابن سنان مختصة بما يصدق عليه امر الصبي ويكون قابلا للنفوذ وعدمه
فتامل .

فتحصل مما تقدم ان العمدة من الروايات في المقام ما ورد من عدم جواز
امر الصبي حتى يحتلم ولا يعم الا ما يصدق عليه عنوان امر الصبي مما هو قابل
للجواز وعدمه فلا يشمل ما اذا كانت المعاملة مع البالغ وكان الصبي واسطة في
اجراء الصيغة او لجرد القبض كما لانعم احياء الموات والحيازة والالتقاط اما بناء
على عدم اعتبار القصد فيها فواضح واما بناء على اعتباره فيها فكذلك لعدم صدق
الأمر على القصد ولم يرد في شيء منها ان قصد الصبي كلا قصد فتكون هذه
الامور نافذة من الصبي .

(١) أما الوصية من الصبي البالغ عشر سنين فنصوص عليها (١) واما

(١) في الوسائل ج ٢ ص ٦٧٣ باب ٤٤ طبع عين الدولة روى عن ابي بصير -

قوله ره : بين ان يكون من الاشياء اليسيرة او الخطيرة (١)

ايصال الهدية واذنه في الدخول فلم نعرف وجهها لاستثنائها لعدم دخولها في المستثنى منه فان مورده تصرفات الصبي التي تكون موضوعا لأثر شرعي وليس شيء من الامرين كذلك (اما ايصال الهدية) فلعدم كونه مقوما لعقد الهبة ولذا يمكن تحقيقه بواسطة حيوان ونحوه (وأما الاذن في الدخول) الى دار الغير فليس في نفسه موضوعا لجواز الدخول فان حصل منه الاطمئنان برضى المالك كما هو الغالب فهو المعتبر والا فلا يجوز التصرف في مال الغير سواء كان الآذن بالغاً او صبياً فلا معنى لاستثنائها بعد عدم دخولها في مورد البحث .

(١) استدلل على التفصيل بين الامور الحقة وغيرها بقيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي في الاولى بقوله (ع) نهى النبي (ص) عن كسب الصبي مالم يحسن صنعة بيده معللاً بانه ان لم يجد سرق (١) بدعوى ظهور التعليل بالامر العرضي في ذلك فان عقد الصبي لو لم يكن نافذاً كان الانسب ان يعلل النهي به .
(ولكن الظاهر) عدم دلالة شيء منها (اما السيرة) فان كان المدعي قيامها

- عن ابي عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته وعن منصور بن حازم عن ابي عبد الله سألته عن وصية الغلام هل تجوز قال اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته وعن عبد الرحمن بن عبد الله عن ابي عبد الله (ع) قال اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته وعن زرارة عن ابي جعفر (ع) قال اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق او ماتصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جاز .

(١) في الكافي ج ٥ ص ١٢٨ باب السحت رقم الحديث ٨ مطبعة الحيدري بطهران عن السكوني عن ابي عبد الله قال نهى رسول الله (ص) عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة عرفت بصنعة يد ونهى عن كسب الغلام الذي لا يحسن -

قوله ره : قصدها لدلول اللفظ (١)

على نفوذ معاملة الصبي فيما اذا كان آلة لاجراء العقداء او القبض فهو وان كان حقاً كما عرفت الا انه غير مختص بالاشياء اليسيرة فاذا بينا في المعاطاة عدم توقفها على الاخذ والاعطاء اصلاً على ماهو المتعارف كما في دخول الحمام ووضع الثمن في دخل الحمامي ولا يقل قبض الصبي عن عدمه ولا عن كوز الحمامي .

وبالجملة ما عليه السيرة من نصب الصبي على الدكان انما هو من جهة ان لا يسرق احد من الدكان شيئاً لامن جهة المعاملة معه مستقلاً فانه بمنزلة كوز الحمامي (نعم) فيما اذا كان القبض مقوما للعقد كما في الهبة لا اعتبار بقبض الصبي لابمائه قبض بل من حيث كونه التزاماً مقوما لقبول العقد وهو مرفوع عن الصبي .

(وان كان المدعى) قيام السيرة على نفوذ معاملة الصبي مطلقاً فهو ممنوع من المتدينين واما الاستدلال بالخبر فهو مضافاً الى ضعفه بالسكوني ان المراد بالكسب ان كان معناه المصدري فلا محالة يكون النهي تنزيهاً متوجهاً الى اولياء الصبي للحكمة المذكورة فيه وعليه فهو اجنبى عن المقام وان كان المراد به المكسوب فالمنهي عنه هو اخذ مطلق ما يحصل في يد الصبي نظير النهي عن كسب الاماء معللاً بانهم ان لم يجدن زنين .

قصد المتعاقدين للفظ والمعنى

(١) الكلام في المسألة يقع من جهات (الاولى) اعتبار قصد اللفظ والمعنى

- صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق وعلى هامش مرآة العقول ج ٣ ص ٣٩٤ نفس الباب ورواه عنه في الوسائل ج ٢ ص ٥٤٦ باب ٦١ كراهة كسب الصبيان الذين لا يحسنون صناعة ومن لا يجتنب المحارم من ابواب ما يتكسب به طبع عين الدولة .
(عبد الرزاق الموسوي المقوم)

قوله ره : لعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره (١)

وهذا هو المعروف فلا بد ان يقصد كل من المتبايعين اللفظ بان لا يكون صدوره منه لسبق اللسان ونحوه كما انه لا بد من قصدهما المعنى وهو ابراز اعتبار المبادلة بين المالين فاذا قصد اللفظ ولم يقصد المعنى كما في الهازل او من كان في مقام عد الصيغ فقال بعث فانه لا يتحقق به البيع وبعبارة اخرى قد تقدم ان البيع متقوم بامرین الاعتبار النفساني وابرازه خارجا فلا بد في تحققه من ثبوت كلا الامرین فقصد اللفظ والمعنى من مقومات البيع فلا يصح التعبير عنهما بشرط العقد او المتعاقدين فان الشرط انما يطلق على الامر الخارج عن حقيقة الشروط .

(١) ذكر الشهيد في المسالك انها قاصدان لللفظ دون المعنى ونقول اما المكره فهو بحسب الغالب قاصد للمعنى كما انه قاصد لللفظ الا اذا كان ملتفتا فيجري العقد بنحو التورية ولا يقصد معناه فالاكراه غير مستلزم لعدم قصد المعنى كما ان الاكراه على الامور الخارجية من الاكل والضرب ونحوه لا يستلزم عدم قصد حقيقتها فما يكون عقد المكره فاقد له ليس الاطيب النفس ولذا ينفذ اذا لحقه ولو لم يكن المكره قاصداً للمعنى فحقيقة البيع لا تكون متحققة فكيف ينفذ بلحوق طيب النفس به الذي هو مما اتفقت عليه اراء الخاصة في قبال العامة (١)

(١) الحنفية وافقوا الخاصة بصحته مع الاجازة اللاحقة وهذه نصوصهم في كتبهم الفقهية قال الكاشاني الحنفى في بدايع الصنائع ج ٧ ص ١٨٦ كتاب الاكراه : الاكراه يوجب فساد البيع لفقده الرضا ويزول الاكراه باجازه ورضاه وقال في ص ١٨٨ اذا كان البايع والمشتري مكرهين جميعا على البيع والشراء فلكل منهما خيار الفسخ والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والثابت بالبيع الفاسد ملك غير لازم فان اجازا جميعا جاز وان احدهما دون الاخر جاز في جانبه وبقي الخيار في حق صاحبه وفي المبسوط للسرخسي الحنفى ج ٢٤ ص ٩٣ كتاب -

وأما الفضولي فهو أيضا قاصد لللفظ والمعنى معا بطيب نفسه ولذا ينفذ بيعه بلحوق الاجازة فان عقده لا يفقد عدى شرط من شروط صحته وهو رضا

- الاكراه باب الاكراه على البيع اذا اكراهه على بيع عبده يساوي عشرة آلاف درهم من هذا الرجل بالف درهم ففعل وقبض الثمن ولما تفرقوا من المجلس قال البائع اجزت البيع كان جائزا لان الاكراه لا يمنع انعقاد اصل البيع فقد وجد ما به يتعقد البيع من الايجاب والقبول من اهله في محل قابل له ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا اجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به فاذا اجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا اجاز بيعا باشره هو بنفسه فهو اولى به (انتهى) وحكى عن الحنفية في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ مثل ذلك .

نعم عند الحنابلة والمالكية والشافعية بطلان بيع المكره وعدم تأثير لحوق الاجازة فيه وفي الفروع لابن مفلح الحنبلي ج ٢ ص ٤٤٢ وبتل المأرب لعبد القادر الشيباني الحنبلي ج ١ ص ٨٣ في البيع شرطه الرضا فلا يصح بيع المكره بغير حق (وفي المدونة) مالك ج ٢ ص ٣٩١ باب العتق قال مالك لا يجوز على المستكره شيء من بيع وعتق ونكاح ووصية وصلاح سواء اكراهه السلطان او غيره وفي مختصر ابي الضياء في فقه مالك ج ٥ ص ٨ لا يلزم في الجبر على البيع اجماعا ولا على سببه . على المذهب لقوله (تعالى) الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس .

وفي المذهب لابي اسحاق الشيرازي الشافعي والمنهاج للنووي ص ٣٩ وشرحه تحفة المحتاج لابن حجر ج ٢ ص ٧ كتاب البيع لا يصح عقد المكره في ماله بغير حق لعدم الرضا واستدل له في المذهب بقوله (ع) انما البيع عن تراض فدل على انه لا بيع عن غير تراض .

وبذلك نقل فتواهم في الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٢٠٨ .

قوله ره : هل يعتبر تعيين المالكين (١)

المالك واجازته فاذا تحقق رتب عليه الاثر لا محالة فلا معنى للقول بان الفضولي غير قاصد للمعنى .

واما ما يتوهم من عدم قصدهما للامضاء الشرعي لعلمهما بعدم ترتبه على العقد الصادر منهما ففيه (اولاً) ان المكروه كثيراً ما يتخيل ترتب الاثر شرعاً على بيعه الصادر عن اكراه ولذا يكره انشاءه نعم قد يكون عارفاً بالحكم الشرعي ولكن عدم قصد الامضاء الشرعي غير ملازم للاكراه بل قد يتحقق ذلك في غير مورد الاكراه كما اذا اعتقد الاب جريان الربا بين الوالد والولد فوقع المعاملة الربوية مع ولده لا بقصد الامضاء الشرعي وهكذا في بيع الفضولي فانه قد يقصد الامضاء الشرعي بزعمه انه مالك للبيع لشبهة موضوعية او حكمية مثل ما اذا تخيل اختصاص الحبة بالولد الاكبر فباع غيره حصته منها فان البيع فضولي مع قصد الامضاء الشرعي .

(ثانياً) نفرض عدم كون المكروه والفضولي قاصدين للبيع الممضى شرعاً الا انه اي أثر يترتب على ذلك مع انه لا دليل على اعتباره اصلاً كما انه ليس مقوماً لحقيقة البيع (فتلخص) ان بيع المكروه والفضولي لا يفقد ان سوى طيب النفس في الاول ورضى المالك في الثاني والشاهد عليه نفوذه بلحوق الاجازة وطيب النفس .

(١) هذه الجهة الثانية وهي اعتبار قصد من يقع عنه البيع وتعيينه سواء كان عن نفسه او غيره ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريفه للمشتري ام لا وهكذا من طرف المشتري فيقال هل يلزم تعيين من يقع البيع له وقصده وتعريف البائع به وتفصيل الكلام فيه تارة في البيع الشخصي واخرى في البيع الكلي . اما البيع الشخصي فتعين المالك فيه ثبوتاً يغني عن تعيينه اثباتاً بالقصد او باللفظ (وبعبارة اخرى) اعتبار شيء في البيع لابد وان يكون لاحد امرين اما لدخالته في ماهيته وتقومها

به واما لقيام الدليل على اعتباره والمفروض فقدان كلا الأمرين في المقام فلا يقاس هذا بالنكاح الذي يعتبر فيه تعيين الزوجين لكونهما ركناً فيه بخلاف البيع فانه بمعنى المبادلة بين المالكين وليس للمالكين دخل في حقيقة اصلا ليلزم تعيينه .

ثم لو فرضنا قصد البيع او الشراء اغير المالك فهل يصح اولا فيه تفصيل ويتصور بحسب مقام الثبوت على صور ثلاثة (الاولى) ان يقصدا حقيقة البيع اعني انتقال الثمن الى مالك المثلث وبالعكس غاية الامر يجعل فائدة البيع لشخص ثالث وهذا متعارف مثلا يعطي احد البزازين دراهم ليقطع ثوبا الى ولده او خادمه او يعطي الثمن للخباز ويقول له اعط زيدا خبزا (الثانية) ان يقصدا حقيقة البيع ويقصدا نقضه ايضا وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع ويحصل النقل والانتقال وقصد رجوع الفائدة الى الغير او قصد النقض لا اثر له بعد ذلك اصلا فنامل .

(الثالثة) ان لا يكونا قاصدين للمبادلة اعني دخول الثمن في كيس من خرج المثلث منه وبالعكس بل يقصد دخوله في ملك شخص اخر وفي هذه الصورة يكون البيع فاسدا هذا كله في مرحلة الثبوت .

واما مرحلة الاثبات فاذا ذكر ذلك في اللفظ بان قال بعثك ثوبي بدراهم عمرو لا يترتب عليه الاثر لانه من قبيل الكلام المحتف بما يصلح للقربنية فلا يكون مبرزا لحقيقة البيع .

(واما اذا كان الثمن والمثلث كلياً) فلا مناص من تعيين من يقع البيع عنه او يكون الشراء له لامن جهة اعتباره في نفسه بل لان الكلي لا يكون مالا قابلا للملوكية مالم يضاف الى ذمة معينة فوقع البيع عليه متوقف على ذلك (ومن هنا يظهر) ان قياس المقام ببيع احد عبديه او طلاق احدى زوجتيه (مع الفارق) فان البيع او الطلاق في المثالين انما يتعلق بالموجود الخارجي بالقاء الخصوصيات الشخصية كما في بيع صاع من صبرة فان المبيع فيه ليس الكلي الطبيعي وقد اشترط

اداءه من الصبرة خارجا ليوجب تخلفه الخيار بل المبيع هو الموجود الخارجي لكن الخصوصيات الشخصية ليست مورداً للبيع بل هي باقية في ملك البائع وسياقي الكلام فيه انشاء الله فبيع احد العبدین يكون المبيع فيه خارجيا لا كليا .

(وحاصل الكلام) في اعتبار تعيين البائع والمشتري انه قد يكون المبيع والتمن شخصيا وقد يكون كليا اما اذا كان شخصا فالتعيين بقصد البائع والمشتري غير معتبر قطعاً لان البيع عبارة عن المبادلة بين المالكين وهي متحققة بقصد المبادلة بين المالكين الشخصيين ولولم يقصد من يقع البيع له ومن يقع الشراء له (نعم) قد يقصد خلاف ذلك وهو وقوع البيع لغير البائع والشراء لغير المشتري كان يقول بعثك هذا ليكون الثمن ملكا لعمره فهل يحكم في مثل هذا بفساد البيع او بصحته ولغوية قصد الخلاف او يفصل بين ما اذا ذكر ذلك في اللفظ فيفسد البيع وبين القصد المجرد فلا يبطّل كما ذهب اليه التسري وجوه بل اقوال .

(والتحقيق) ان قصد الخلاف قد يرجع الى عدم حقيقة البيع والمبادلة بين المالكين بل يكون المقصود الهبة فلا بيع حينئذ ليكون صحيحا او فاسدا والتعبير بفساد البيع مسامحة وقد لا يرجع الى ذلك بان يكون واقع البيع مقصودا وهذا يتصور على صور :

- (احدها) ان يقصد رجوع نتيجة البيع وفائدته الى شخص اخر ،
- (ثانيها) ان يكون تمليكاً للغير بعد تحقق البيع ومن هذا القبيل شراء الوالد لولده والمولى لعبده ولا اشكال في صحته .
- (ثالثها) ان يقصد الخلاف من باب الادعاء وعقد القلب على كون غير المالك مالكا تشريعا ومن هذا القبيل بيع اللصوص والغاصبين ومن يتوكل عنهم فانه مبني على كون غير المالك مالكا تنزيلا .
- (رابعها) ان يكون ذلك من باب الخطأ في التطبيق مثل الوكيل عن غيره

في بيع امواله فتخيل ان العين الفلانية مملوكة للموكل فباعها له ثم ظهر كونها ملكا لشخص اخر وفي هاتين الصورتين يتحقق البيع للمالك غاية الامر يتوقف نفوذه على اجازته .

وبما ذكرناه ظهر فساد التفصيل فان قصد الخلاف ان كان مخلا بقصد واقع المبادلة بين المالكين كان البيع فاسدا سواء ذكر في اللفظ ام لم يذكر والا فلا يفسد على التقديرين .

ويلحق بالمبيع الشخصي ما اذا كان المبيع او الثمن كليا في ذمة شخص خاص وقصد البيع او الشراء لشخص اخر فانه يجري فيه الصور المذكورة هذا كله في الشخصي .

وأما الكلي فلا بد من تعيين البائع اذا كان المبيع كليا والمشتري اذا كان الثمن كليا ولا يصح البيع اذا اضيف الى واحد غير معين كان يقول بعثك مناً من الخنطة في ذمة احد هؤلاء وعدم الصحة لامن جهة اعتبار التعيين في البيع بل من جهة ان الطبيعي لامالية له اذا لم يضاف الى ذمة معينة فلا يكون قابلا لوقوع البيع عليه . (ولا يقاس) ببيع الكلي في المعين فان مالك الشخص يكون مالكا للكلي في ضمنه فكما له بيع الشخص له بيع الكلي المشتمل عليه لانه مال حقيقة وهذا بخلاف الطبيعي .

(كما انه لا يقاس) ذلك بطلاق احدى زوجتيه او عتق احد عبديه فانه مضافا الى كونها منصوبين ان الواحد لزوجية الزوجتين واجد لزوجية الجامع بينهما ومالك العبدين مالك للجامع بينهما فله طلاق الجامع بين الزوجتين وعتق احد العبدين واختيار احدى الخصوصيتين بعد ذلك .

وهذا بخلاف الطبيعي فانه في مقام الثبوت اذا قصد اضافة الكلي الى ذمة معينة يكون قابلا لوقوع البيع عليه والا فلا واما مقام الاثبات اذا باع الكلي من

قوله ره : وأما تعيين الموجب لخصوص المشتري (١)

دون اضافة الى ذمة معينة اصلا يكون هو المطالب به لانصراف الاطلاق الى ذمته فيلزم هو به في مقام النزاع والترافع وليس هذا تفصيلا في مقام الثبوت كما تخيله المحقق الثاني (قده) بل هو انصراف في مقام الاثبات والنزاع ولذا يجري في طرف الثمن ايضا واما من حيث الثبوت فصحة البيع واقعا وعدمها مبتنية على قصد الذمة المعينة وعدمه .

هذا كله في تعيين الباع والمشتري في نفسه .

(١) لابد من التكلم هنا في جهات لم يتكلم المصنف (ره) الا في بعضها :

(الجهة الاولى) : هل يلزم معرفة المشتري من يقع عنه البيع انه الموجب او وكيله ومن هو الموكل وهل يلزم ان يعرف الباع المشتري بمعنى ان القابل نفس المشتري او وكيله اولا يعتبر سوى تعيين الباع بحسب قصد الموجب والمشتري بحسب قصد القابل مقتضى اطلاق قوله (اوفوا بالعقود وقوله (احل الله البيع) هو الثاني لعدم قيام دليل على التقييد ولا فرق بين العقود التي يكون المتعاقدان فيها ركنا للعقد كالنكاح او يكونان ركنا فيه كالبيع فيصح ان تزوج المرأة نفسها لمن قصده القابل سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وكذا لا مانع من ان يطلب القابل ان يهب المالك ماله لمن قصده سواء كان نفسه او غيره المعين عنده وان لم يكن معينا عند الواهب وهكذا في الوصية يوصي بماله لمن قصده القابل سواء كان نفسه او شخصا اخر معينا عنده فان الواضح كون المراد من ركنية الطرفين هو تقوم العقد بهما لا لزوم تعيين كل منهما عند الآخر .

(الجهة الثانية) : اذا قصد الموجب الايجاب لشخص المخاطب وقصد القابل القبول لغيره كوكله فالظاهر فساد له لانه يعتبر في العقد التطابق بين الايجاب والقبول بان يرد القبول على ماورد عليه الايجاب مثلا اذا زوجت المرأة نفسها

من الشخص المخاطب وقبل المخاطب الزوج لموكله فلا يصح لان ماورد عليه القبول وبالعكس وهذا اذا باع احد شيئا بضمن في ذمة لشخص المخاطب فقبل بضمن في ذمة موكله لم يتحقق التطابق بين الايجاب والقبول .

(نعم) فيما اذا كان الثمن او المبيع شخصيا وكان عدم التطابق من جهة الخطأ في التطبيق صح العقد كما اذا قصد البائع البيع لشخص المشتري بضمن شخصي باعتقاد انه المالك له وكان المالك في الواقع موكله صح البيع لانها قصدا حقيقته وقصد خصوص المشتري انما كان من الخطأ فلا اعتبار به .

(الجهة الثالثة) : هي التي تكلم فيها المصنف (ره) وحاصلها انه اذا لم يعلم ان الموجب قصد المخاطب بشخصه في مقام الايجاب او قصده الاعم من شخصه او كونه وكيلا عن الغير مثلا اذا قال الموجب زوجتك وقال القابل قبلت لموكلي فهل يجوز مثل هذا اولا فصل المصنف (قده) بين العقود وحاصل ما ذكره ان لفظ الخطاب وان كان ظاهرا في المخاطب بشخصه الا انه تبدل ظهوره الأولي بظهور ثانوي في بعض العقود كالبيع لقرنية عامة وهي عدم كون خصوصية البائع والمشتري ملحوظة فيه غالبا فقول الموجب بعثك يكون ظاهرا في ايجاب البيع للمخاطب اعم من كونه قابلا لنفسه او لموكله (نعم) في غير البيع من العقود كالاجارة او الهبة او النكاح يكون ظهور الخطاب باقيا على حاله ولم يتبدل بظهور ثانوي .

(والتحقيق) انه تارة يعلم ان الموجب قصد في الايجاب المخاطب بشخصه وحينئذ لا يجوز القبول لموكله (واخرى) يعلم انه قصد الاعم من كونه هو القابل او لموكله وفي هذا يجوز القبول لنفسه او عن موكله (وثالثة) لم يحرز قصده فلا يجوز القبول الا لنفسه لا لموكله .

(وبعبارة اخرى) لا بد في صحة القبول عن كل من احراز كون الايجاب

قوله ره : من شرائط المتعاقدين الاختيار (١)

للمخاطب اعم من نفسه او من موكله والا فلا يصح القبول عن الموكل لان الشبهة مصداقية لا مفهومية لان مفهوم البيع واضح مبين وهو المبادلة بين المالين والشبهة في كون الايجاب الخاص مع القبول عن الموكل هل هو مصداق له ام لا فيكون التمسك بالعام حينئذ من التمسك به في الشبهة المصداقية .

(الجهة الرابعة) : ان الموجب اذا قصد الايجاب لموكل المخاطب فهل يجوز له بلفظ الخطاب كان يقول بعتك ويقصد البيع لموكله او يقول زوجتك ويقصد التزويج لموكله الظاهر عدم صحة ذلك الا فيما اذا كان لللفظ ظهور عرفي في المنشأ لانه يعتبر في العقد امران الاعتبار النفساني وبراظه خارجا بما هو مبرز له واما مالا يكون في العرف مبرزاً له كابرار المبادلة بين المالين بلفظ ضربت فلا يصح ذلك وفيما نحن فيه اذا برز علاقة الزوجية بين المرأة وموكل القابل بلفظ زوجتك الذي هو غير مبرز له لا يصح العقد وهذا ظاهر ولذا لا يصدق الزوج على مجرى القبول .

(نعم) لا يبعد كون بعتك مبرزاً عرفاً لانشاء العقد للمخاطب الاعم من كونه بنفسه مشترياً او شراء لموكله .

الاختيار والاكره

(١) قد عرفت في المسألة السابقة اعتبار قصد اللفظ والمعنى لكون العقد متقوماً بامرین الاعتبار النفساني وبراظه بمبرز دال عليه ولا يتحقق الا بقصد اللفظ والمعنى وفي هذه المسألة يقع الكلام في اعتبار كون القصد ناشئاً عن اختيار وليس المراد به الارادة في مقابل الجبر بل المراد به الرضا وطيب النفس ويستعمل كل

ذلك بمعنى وقد استعملت الارادة بمعنى الرضا في قوله (لاطلاق الا ارادة) (١)
بان يكون الداعي له طيب نفسه ورضاه النفساني لا الأجباز من الغير والمعروف
بين الخاصة اعتبار ذلك وخالفنا العامة في الطلاق جزما حيث ذهبوا الى صحة المكره
ولعلمهم يلتزمون به في سائر العقود والايقاعات ايضاً (٢)

وكيف كان فلا بد لنا من التكلم في جهات :

(الجهة الاولى) : في بيان ما ذكره الشهيدان والعلامة اما الشهيدان فذكرنا
ان الفضولي والمكره قاصد ان اللفظ دون المعنى وظاهره ان فساد عقدهما ليس

(١) لم اجد هذا اللفظ في الوسائل والمستدرک والموجود في الوسائل ج ٣
ص ١٥٤ باب ٣٦ قول ابي عبد الله (ع) الطلاق من غير استكراه ولا اضرار .
(٢) في المغني لابن قدامة ج ٧ ص ١١٨ كتاب الطلاق قال لا تختلف الرواية
عن احمد ان طلاق المكره لا يقع وروي ذلك عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس
وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمر وعكرمة والحسن وجابر
ابن زيد وشريح وعطاء وطاوس وعمر بن عبد العزيز وابن عون وايوب السخيتاني
ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابو عبيد (واجازه) ابو قلابه
والشعبي والنخعي والزهري والثوري وابو حنيفة وصاحبه لانه طلاق من مكلف
في محل يملكه فينفذ كطلاق غير المكره .

واختلف المذاهب في البيع ففي الفقه على المذاهب ج ٢ ص ٢٠٨ وما بعدها
عند الحنابلة والمالكية والشافعية يشترط الاختيار واقعا في نفوذ البيع وقال الحنفية كل
عقد يكره عليه الشخص ينعقد غاية الامر اقواله التي يكره عليها منها ما يحتمل
النسخ كالبيع والاجارة ومنها لا يحتمله كالنكاح والطلاق والعتاق والنذر ففي الاول
يقع البيع فاسدا فله ان يميزه بعد زوال الاكراه وله ان يفسخه وفي الثاني يفسخ عقد
المكره وليس له ان ينقضه . (عبد الرزاق الموسوي المكرم)

من جهة فقدان طيب النفس وانما هو من جهة عدم قصد المعنى ويلوح ذلك من كلام العلامة (قده) حيث ذكر ان طلاق المكره صحيح اذا كان ناويا .
والمحتمل في عبارة الشهيدين وجوه (الاول) ان يراد بهما انها غير قاصدين مدلول اللفظ نظير الهازل ومن هو في مقام عد الصيغة .

(ويرده) اولا انه خلاف الوجدان فان المكره والفضولي قاصدان المعنى قطعا (ثانيا) ان لازمه عدم نفوذ العقد بلحوق الاجازة والرضا وعليه فلم يتحقق عقد في الخارج اصلا (ثالثاً) عليه تكون فتاها مطابقة لفتوى اهل السنة وهو كما ترى .

(الوجه الثاني) ان يكون المراد ما ذكره المصنف (قده) من كونها قاصدي للفظ والمدلول وعدم قصدهما مضمون العقد وهو الاثر الشرعي او الممضي عند العقلاء لانها يعلمان بعدم ترتب الاثر على عقدهما شرعا وعرفا .

(وفيه) انه لو اريد بالمضمون اعتبار المتعاملين فهو متحقق في افق النفس بعد قصد اللفظ والمدلول على ما هو المفروض لا محالة وان اريد به اعتبار العقلاء او الشارع (فأولاً) ليس الاكراه والفضولي مستلزما لذلك دائما بل انما يكون ذلك فيما اذا كان المكره او الفضولي عالما بفساد عقده والا فربما يقصد الامضاء الشرعي خصوصا الفضولي اذا اخطأ في التطبيق وتخيل كونه مالكا لغيره فباعه .
(وثانياً) انه لا دليل على اعتبار قصد ذلك في صحة المعاملة ولذا يصح من غير المتدينين ايضا مع اعتقادهما بالشرع فضلا عن قصدهما للامضاء الشرعي فهذا الاحتمال ممنوع صغرى وكبرى .

(الوجه الثالث) ان يراد من العبارة ما احتمله (المحقق النائيني) - قده - من عدم كونها قاصدين لما هو ظاهر كلامهما فان ظاهر قول الموجب بعث انه مالك للبيع وانه يدعي طيب نفسه لا باكراه الغير ويستظهر المشتري منه ذلك والمفروض

انه لم يرد ذلك واراد غيره .

(وفيه) اولاً انه قد يكون في البين قرينة على الفضولية وعلى الاكره بل ربما يصرح بذلك للمشئري ومعها كيف يكون اللفظ ظاهراً في ذلك .
(وثانياً) قصد خلاف الظاهر بهذا المعنى لأي وجه يوجب فساد العقد وإلى الآن لم يظهر معنى صحيح لعبارة الشهيدين .

وأما عبارة العلامة (قدس) فهي اجنبية عما نحن فيه بل راجعة الى مسألة اخرى وهي عدم تحقق الاكره مع التمكن من التورية فاذا اكره احد على الطلاق وكان متمكناً من التورية فلم يفعل ونوى حقيقة الطلاق صح لعدم كونه مكراً عليه وفي ذيل العبارة شاهد عليه فراجع ،

(الجهة الثانية) في دليل اعتبار طيب النفس في صحة العقود وهو امور :
(الاول) : قوله (تعالى) (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض) فانه سبحانه وتعالى نهى عن تملك الاموال بجميع الاسباب سوى التجارة عن تراض والمراد بالتراضي ليس الارادة والاختيار كما توهمه بعض المحققين فانه خلاف الظاهر اولاً وثانياً لو اريد به الارادة لزم للغوفان التجارة متقومة بالارادة فذكر الرضا بمعناها بعدها يكون لغواً .

(الثاني) قوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فان اسناد عدم الحل الى العين الخارجية ظاهر في عدم حل جميع التصرفات حتى الاعتبارية فلا يستقر شيء منها الا بطيب النفس والمراد به الرضا لا الاختيار كما عرفت .

(الثالث) ما ورد في الطلاق انه لا طلاق الا بارادة ولا بد ان يراد بها الرضا دون ما يقابل الجبر فان الطلاق لا عن اختيار لا يكون طلاقاً عقلاً فلا مجال لنفيه شرعاً وبعدم القول بالفصل يثبت اعتباره في سائر العقود والايقاعات .

استدراك

لقد ذكرنا في الاية المتقدمة (الا ان تكون تجارة عن تراض) ان المراد منه طيب النفس لا الاختيار في مقابل الاكراه وتقريبه بوجهين (الاول) ظهور الرضا في طيب النفس ولذا يصح ان يقال بعث مالي بدون رضاي فيما اذا باعه عن اكراه ولو كان الرضا بمعنى الاختيار لم يصح السلب (الثاني) انه لو كان بمعنى الاختيار لزم اللغو لان التجارة متقومة بعنوان الاختيار فالتقييد به ثانيا لغو ظاهر (وتوضيحه) ان الاختيار افتعال من الخير بمعنى طلب الخير وهو اعمال القدرة فيما يراه الانسان خيرا لنفسه .

ثم ان الفعل الاختياري في مقابل الفعل الطبعي والقسري يكون على ثلاثة اقسام :

(الاول) ان يراه الفعل خيراً لترتب فائدة دنيوية او اخروية عليه كما اذا رأى ان المشتري يشتري متاعه بثمن جيد فيختار بيعه او يتصدق بما له الفقراء لان فيه فائدة اخروية فيختارها بطيب نفسه .

(الثاني) : ان يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي كما اذا ابتلي بمرض وتوقف علاجه على بيعه داره وصرف الثمن في المعالجة فان بيع الدار حينئذ وان لم يكن خيراً له بعنوانه الاول الا انه يراه خيراً لنفسه بالعنوان حيث يكون مقدمه لدفع ضرر خارجي متوجه اليه في نفسه اجنبي عن المعاملة وفي هذا الفرض يكون الباع طيب النفس للبيع ويحمد ربه (تعالى) على ما سهل عليه من بيع الدار لمعالجته .

(الثالث) ان يراه خيراً لنفسه بعنوان ترتب ضرر على نفس ترك المعاملة وفي هذا الفرض ولو كان الاختيار موجودا لانه يراه خيراً لنفسه بعنوان ثانوي الا انه ليس طيب النفس به وانما يغضبه ذلك ولذا لا يحمد ربه (تعالى) على طلاق

زوجته في هذه الصورة الاختيار موجود دون الرضا ولا بد من حمل التراض على هذه الصورة لثلا يلزم اللغو .

(الوجه الرابع) حديث الرفع والاستدلال به على ما اخترناه من عدم الحاجة الى التقدير فيه واضح فان لكل من الافعال التي تعلق بها الحكم الشرعي او جعل موضوعا لحكم شرعي موجود في عالم التشريع فيصح اسناد الرفع اليه حقيقة فيكون المعنى رفع المتعلق للحكم او الموضوع لحكم شرعي اذا تحقق عن اكراه او اضطرار او خطأ ومعنى رفعه عدم تعلق الحكم به وعدم كونه موضوعا للآثار الشرعي .
(وعليه) فيستفاد منه رفع الاحكام الوضعية عند الاكراه بلا حاجة الى التمسك باستشهاد الامام (ع) به لفساد الحلف بالطلاق والعناق وصدقة ما يملك وان كان يستفاد منه الكبرى الكلية اعني رفع الآثار الوضعية بحديث الرفع وان كان الحلف بغير الله (تعالى) باطلا عندنا .

ثم انه ظهر من مطاوي ما ذكرناه امران :

(الاول) : انه اذا اضطر الانسان الى معاملة لكونها مقدمة لدفع ضرر أهم متوجه اليه كما في الفرض الثاني من الفروض الثلاثة المتقدمة فهل يحكم فيه بالفساد للإضطرار ام لا والتمسك للفساد بالاية المباركة او النبوي المتقدم لا وجه له لتحقيق طيب النفس والرضا في المعاملة الصادرة عن اضطرار كما عرفت .

نعم ربما يتوهم الاستدلال على ذلك بحديث الرفع لاشتماله على رفع ما اضطرروا اليه ولكن لا يقام له وزن لورود حديث الرفع مورد الامتنان وليس رفع الآثار الوضعية في مورد الاضطرار امتنانا على الامة بل هو مناف للإمتنان (نعم) ارتفاع الحكم التكليفي كحرمة الخمر اذا اضطر الى شربه موافق للإمتنان .
(الثاني) ان الاكراه اذا كان عن حق كما كراه النبي (ص) او الامام (ع) او ولي الامر على معاملة لا يوجب فسادها والا كان الاكراه لغواً بل لم يكن اكراه

على المعاملة وإنما هو إكراه على مجرد اللفظ وحيث إذا إكراه المحتكر على بيع الطعام أو المديون على أداء دينه أو الممتنع عن الإنفاق على زوجته على طلاقها صح ذلك لأنه إكراه عن حق .

(وحاصل الكلام) في المقام أن الصحيح اعتبار طيب النفس في المعاملة وقد استدللنا عليه بالنبوي المعروف وهو قوله (ص) لا يخل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه وقوله (تعالى) إلا أن تكون تجارة عن تراض وذكروا أن المراد بالتراضي طيب النفس إلا الإرادة ولا مباديها فإن التجارة من العناوين القصديّة وليست من قبيل الأفعال الخارجية كالأكل والشرب ونحوه فهي متقومة بالقصد ولا يتحقق بدون الإرادة ومباديها فلا بد وأن يراد بالتراضي طيب النفس لئلا يلزم اللغوية هذا مع إمكان الاستدلال على فساد معاملة المكروه بحديث الرفع .

(إذا عرفت ذلك) فلا بد من التكلم في جهات :

(الأولى) : أنه بناء على التمسك لبطلان معاملة المكروه بحديث الرفع لا بد في بطلان المعاملة من وجود مكروه على ذلك وإلا فلا يتحقق الإكراه (وعليه) فإذا اعتقد أحد وجود مكروه له على بيع داره مثلاً فباعها ولم يكن في الواقع مكروه صح ذلك البيع بناء على كون الوجه في البطلان حديث الرفع على ما ذكره السيد في (الحاشية) فإنه ناقش في دلالة الآية بدعوى ظهور التراضي في الإرادة لتقوم الإكراه بوجود المكروه فلا إكراه .

أما على ما سلكناه من كون الفساد من جهة عدم طيب النفس فيفسد البيع لذلك لأن طيب النفس أمر قلبي يتبع الاعتقاد فإذا اعتقد وجود المكروه فباع لم يكن بيعه صادراً عن الرضي النفساني ولولم يكن هناك مكروه واقعاً وإذا انعكس الأمر ينعكس كما إذا كان هناك مكروه على بيع داره ولم يحز به البائع لعدم معرفته بلغته فباع داره صح بيعه لصدوره عن طيب نفسه .

فالثمرّة تظهر بين مسلكتنا وما ذهب اليه المصنف (ره) والسيد في الحاشية في صورة اعتقاد وجود المكره له على بيع داره فباعها مع فرض عدم وجود المكره في الواقع .

(الجهة الثانية) هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب على الترك صادرا من الأمر او يكتفي ترتبه ولو من غيره مثلا اذا امره احد ببيع داره ولم يكن الضرر على الترك مترتبا من قبله بل يحصل الضرر من قبل شخص اخر كما اذا كان الاخر عزيزا عند السلطان وظن صاحب الدار ان مخالفة عزيز السلطان تحمل السلطات على اضراجه فاذا باع الدار في هذا الحال فهل يفسد البيع اولا الظاهر فساده اما بناء على طيب النفس فواضح لعدم تحققه في الفرض واما بناء على مانعية الاكراه فلأن امر الآخر وان لم يكن اكراها الا انه موضوع لامر السلطان واکراهه وترتب الضرر على مخالفته ونظيره ما اذا امر السلطان شخصا ببيع داره ومضى فان الضرر على الترك يكون من قبيل خدمه وشرطته فان امر السلطان يكون موضوعا لاکراه الخدم فالاکراه موجود لا محالة .

(واما اذا فرضنا) ان الضرر المتوجه على الترك سماوي كما اذا علم البائع انه اذا خالف امر السيد او المؤمن الخاص ببيع داره فلم يفعل يتضرر بمرض او موت او نحوهما فباعها فالظاهر صحة البيع لما عرفت ان اکراه الشارع على المعاملة لا يوجب فساده لأن الشارع هو المالك حقيقة ومرجع اکراهه الى الرخصة في المعاملة وامضائها في مورد خاص وان فرضنا صدور المعاملة عن غير طيب النفس والالزام اللغو كما عرفت ولذا لم يستشكل احد في صحة الوقف لو بني احد مسجدا خوفا من زوال نعمه اذا لم يفعله ولم يقل احد ببقاء ذلك على ملك ماله .

(الجهة الثالثة) هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر او يكتفي الاطمئنان او احتمال الخوف ظاهر المصنف (ره) اعتبار الظن ولا يبعد ذلك بناء على ان الموجب

قوله ره : هل يعتبر في موضوع الاكراه الخ (١)

للفساد هو عنوان الاكراه وربما يقال بتقومه بظن الضرر وان كان قابلا للمناقشة واما بناء على المختار فلا ينبغي الاشكال في كفاية الاحتمال ولذا اذا قال له احد : بيع دارك والاحبستك فاحتمل صاحب الدار ان الامر رجل عادي لا يتمكن من حبسه ثم احتمل انه حاكم البلد فخاف منه وباع داره فلا يكون هذا البيع عن طيب نفس بالضرورة فيقع باطلا .

التورية

(١) هذه الجهة الرابعة مما يتعلق بالاكراه وهي هل يعتبر في صدق الاكراه اعتبار عدم التمكن من التفصي بالتورية او بغيرها اولا يعتبر اقوال (ثالثها) التفصيل بين الاكراه على المعاملة والاكراه على غيرها من الافعال كالشرب ونحوها فيعتبر ذلك فيها دون المعاملات (ورابعها) التفصيل بين امكان التفصي بغير التورية فينافي الاكراه وبين امكان التفصي بالتورية فقط فلا يخل بصدق الاكراه (خامسها) التفصيل بين الحكم والموضوع فيقال باعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه موضوعا وعدم اعتباره فيه حكما فاذا اكراه احد على بيع داره وامكنه التفصي فلم يفعل وباع الدار كان فاسدا وان لم يصدق عليه عنوان الاكراه . ثم ليعلم ان التورية لا تختص باللفظ الموهم للمخاطب او السامع خلاف ما قصده المتكلم بل هي عبارة عن مطلق الابهام وقد فسرت به فتعم التورية في القول او الفعل فاذا فعل الانسان فعلا أوهم للغير وقوع فعل آخر كان مصداقا للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكراه على شرب الخمر - مثلاً - فصبه في جيبه بنحو تخيل المكروه انه شربه فلا وجه لما صنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكن المكلف من التفصي بغير التورية .

وقوع فعل آخر كان مصداقاً للتورية فالتورية تارة تكون في القول واخرى في الفعل كما اذا اكراه على شرب الخمر مثلاً فصبه في جيبه بنحو تخيل المكروه شربه . « وعليه » فلاوجه لما صنعه بعض المحققين من التمثيل لما اذا تمكن المكلف من التفصي بغير التورية بالتورية في الفعل كالمثال المتقدم فانه من التورية في الفعل . اذا عرفت ذلك نقول : الذي ينبغي ان يقال هو ان الاكراه لا موضوعية له في فساد المعاملة الصادرة عن اكراه وانما الموضوع للبطلان عدم تحقق طيب النفس الذي هو معتبر في صحة المعاملة . وانما نحكم بصحة المعاملة الصادرة عن اكراه من جهة فقدانها طيب النفس .

« وعليه » فاذا اكراه احد على معاملة كبيع داره - مثلاً - وكان متمكناً من التفصي وقد مثل له المصنف بما اذا كان المكروه - بالفتح - جالساً في حجرته وحده فاكرهه المكروه على بيع داره وكان له خدم خارج الغرفة وكان متمكناً من الاستعانة بهم في رفع المكروه - بالفتح - من دون استلزامها الحرج او الضرر او المشقة التي لا تتحمل عادة فلم يفعل وباع داره فالظاهر صحته لصدوره عن طيب النفس والرضا وليس صادراً عن الاكراه . لانا ذكرنا ان الميزان في صدور المعاملة عن اكراه ان تكون صادرة عن خوف ضرر مالي او عرضي او بدني والمفروض في المقام عدم صدور البيع عن ذلك فلا محالة يكون صادراً عن طيب نفسه ولو لم يكن راضياً به لم يفعله .

فلاوجه لما ذهب اليه المصنف (ره) من فساد ذلك لعدم صدوره عن طيب النفس وفصل بين تعلق الاكراه بهذا النحو بالمعاملة فيوجب فسادها لاستلزامه صدورها لاعن طيب النفس وبين تعلقه بغيرها كشرب الخمر - مثلاً - فلا يوجب رفع حرمة لعدم صدق الاكراه مع التمكن من التفصي بدون ضرر وحرج ومشقة بالتفصيل بين المعاملات وغيرها من الاكراه لاوجه له .

« وأما ماورد » في رواية ابن سنان عن الصادق (ع) لايمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكراه ، قلت اصلحك الله ، وما الفرق بين الجبر والاكراه ، قال : الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء . فلا يستفاد منه عدم اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه فان الاكراه من الأب والأم والزوجة لايمكن التفصي عنه ويترتب على مخالفتهم اختلال امور معاش الانسان وأي ضرر اعظم منه .

« وأما التفصيل » بين التمكن من التفصي بالتورية فقط وبغيرها ايضاً كما صرح به في المتن بدعوى انه عند التمكن من التفصي بالتورية يترتب الضرر على ترك الفعل ولو ينحو القضية الشرطية ، اى اذا علم المكره بذلك ضرره ويكفي هذا في صدق الاكراه وهذه القضية الشرطية غير متحققة عند التمكن من التفصي بغير التورية .

(ففيه) انه لم ندر من اي لغوى عرف المصنف (ره) تقوم الاكراه بالقضية الشرطية ومن فسر به بذلك ؟ حتى مع القطع بعدم تحقق المقدم وان المكره لايعرف ذلك بل دائرة الإكراه اضيق من ذلك .

« نعم » اذا احتمل بالإحتمال العقلائي ان المكره يعرف ذلك وحصل له الخوف حرم ذلك التورية وتحقق عنوان الاكراه ، فهو متقوم بالقضية الشرطية مع احتمال وصول الأمر الى المكره لامع القطع بعدمه ، فهذا التفصيل ايضاً ساقط .

« وبالجمله » لافرق في اعتبار عدم التمكن من التفصي في صدق الاكراه ورفع الآثار بين الآثار التكليفية والوضعية فاذا اكراه أحد على معاملة وكان متمكناً من التفصي ولم يفعل كما في المثال المتقدم لا يكون الاكراه رافعاً لآثار المعاملة لأنها حينئذ تكون صادرة عن طيب النفس لعدم كونها صادرة عن الخوف فتكون صحيحة كما اذا اكراه على شرب الخمر مثلاً وكان متمكناً عن التفصي لا يكون مثل هذا

الاكراه رافعاً للحكم التكليفي ، فالتفصيل بينها بدعوي عدم طيب النفس في المعاملة فاسدة .

كما ان التفصيل في امكان التفصي بالتورية فقط وبغيرها والقول بارتفاع الأثر بالاكراه في الاول لصدق القضية الشرطية دون الثاني لعدم صدقها ايضاً فاسد إذ لا يكتفي في تحقق الاكراه بمجرد القضية الشرطية مع الجزم بعدم تحقق مقدماتها وان المكروه - بالفتح - لا يعلم بالتورية ، بل لابد في تحقق الاكراه من احتمال ذلك المورث للخوف فان التورية حينئذ تكون محرمة فيتحقق عنوان الاكراه ولو مع التمكن منها .

« واما ما استدلل به المصنف - ره - » في عدم اعتبار العجز عن التفصي بالتورية من اطلاقات كلمات الاصحاب والانباء وحملها على فرض العجز من الحمل على الفرد النادر . فعجيب منه (قدّه) لأن موضوع الروايات وكلماتهم انما هو عنوان الاكراه فاذا فرض تقومه بالعجز لا يعم غيره ليكون تخصيصه بصورة العجز من الحمل على الفرد النادر بل لا يعمها الموضوع رأساً .

« واما التمسك » بحديث عمار وتقريره (ص) لإياه على عدم التورية حيث لم ينبه النبي (ص) عماراً بها ، فقيه :

(أولاً) : أن جلالة قدر عمار يقتضي انه ورّى في ذلك ولم يقصد الكفر والتبري من النبي (ص) ودينه حقيقة ، فظاهر الكفر صورة ، كما ان الكافر اذا اكراه على الشهادتين ورّى فيها من دون قصد المعني وعقد القلب عليها . ولذا لم يأمر النبي (ص) بها .

(ثانياً) : لا يبعد القول بعدم امكان التورية في اظهار الكفر والتبري كما لا يمكن ذلك في السب والهتك ، فلا يكون التورية رافعاً لحرمته . مثلاً : اذا سب احد بعض الاكابر علناً على رؤس الاشهاد وقصد في نفسه شخصاً فاجراً لضرب

قوله (ره) : لو اكرهه علي بيع واحد غير معين (١)

على فعله لان مجرد قصد غيره لا يرفع عنوان هتك المؤمن الكبير وقبحه ، فليس في عدم تنبيه النبي (ص) للتورية تقرير لعدم لزومها .
والظاهر ان ما ذكره المصنف « ره » من صراحة بعض الاخبار بحسب المورد في فرض التمكن من التورية اراد به حديث عمار ، لان غيره لا ظهور له في ذلك فضلاً عن الصراحة .

« واما التمسك » برواية ابن سنان المتقدمة . بدعوى ان الغالب التمكن من التفصي عن اكراه الوالدين والزوجة ، فغير تام ايضاً . لما عرفت ان الموضوع فيها عنوان اكراه الزوجة فلا يعم الا صورة عدم التمكن من مخالفتهم وترتب الضرر عليها .

« نعم » يستفاد منها أمر ، وهو كفاية الضرر الخفيف في رفع الأثر الوضعي كاليمين وان لم يكن رافعاً للأثر التكليفي كالحرمة لضعفه وقلته فتأمل . لان الغالب ان الضرر المترتب على مخالفة الابوين او الزوجة ضعيف جداً مثل النزاع والجدال الداخلي ، لا يرفع الحكم التكليفي ولذا لا يكتفي بمثله في رفع الحرمة اذا اكراه الزوجة زوجها على شرب الخمر ولا يترتب على تركه الا الاختلال الداخلي ولكن يرتفع به الأثر الوضعي في المعاملات ومنها اليمين فتأمل . فالصحيح اعتبار العجز عن التفصي في صدق الاكراه .

« واما التفصيل » بين الاكراه من حيث الموضوع دون الحكم ، بدعوى ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدية ، فلم نعرف له وجهاً لان ذلك يحتاج الى قيام الدليل على ثبوت حكم الإكراه لغير الإكراه وهو مفقود هذا كله في بيان اصل الإكراه فيقع الكلام في فروعه .

(١) المحكي عن جماعة صحة العقد اذا اكراه على الجامع بينه وبين غيره كما اذا

اكره على بيع داره او طلاق زوجته فطلقها بدعوى ان ما وقع في الخارج ليس بشخصه متعلقا للإكراه لأن الإكراه انما تعلق بالجامع دون الشخص فهو صادر عن طيب النفس فيترتب عليه الأثر . وقد اورد عليه المصنف (ره) .

(أولا) : بالنقض وان الاكراه على الجامع لو لم يكن رافعا لاثر ما وقع في الخارج لكونه واقعا عن طيب النفس لزوم عدم ترتب الأثر على الإكراه مطلقا لأن الإكراه دائما يكون على الجامع والطبيعي والخصوصيات تكون خارجة عن حيز الإكراه مثلاً . يكره على البيع واما من حيث الخصوصية الشخصية من المكان والزمان والفارسية وغيرها ، فلم يتعلق بها اكراه ويكون تحققها بطيب النفس .

(وفيه) : أن النقص غير وارد لأن الخصوصية على قسمين :

« منها » : ماتكون دخيلة في موضوع الأثر بل تكون هي الموضوع حقيقة كما في الإكراه على الجامع بين البيع والطلاق ، فان خصوصية الطلاق هي المؤثر في اثر البينونة والمفروض تحققها بطيب النفس ، وليس ذاك الأثر مترتباً على الجامع الذي تعلق به الإكراه فما تعلق به الإكراه ليس موضوعاً للأثر وما هو الموضوع للأثر لم يتعلق به الاكراه .

و« منها » : ما لا تكون دخيلة في الأثر اصلاً كالخصوصيات الشخصية في البيع فانها وان لم تكن متعلقة للإكراه الا انها لا يترتب عليها أثر أصلاً ، وانما الأثر للطبيعي والمفروض تعلق الإكراه به ، فلا يقاس احدى الخصوصيةين بالآخرى .

والذى ينبغي ان يقال : انه اذا تعلق الاكراه بالجامع بين الافراد العرضية ولو انتزاعياً ليس كل من افراده بخصوصه متعلقاً للاكراه لما عرفت من ان الفعل انما يكون مكرهاً عليه فيما اذا كان صادراً عن خوف ترتب ضرر على تركه ، ومن الواضح ان ترك كل من الأفراد او الفردين العرضيين لا يترتب على تركه الضرر اذا كان تركاً الى بدل ، اي تركه باتيان الفرد الآخر وهكذا العكس ، فليست

الأفراد حينئذ مكرهاً عليها ، وإنما هي مصداق للمكره عليه لانفسه وكذلك الحال في الاضطرار الى الجامع .

وقد ذكرنا في بحث الأوامر ان متعلق الأمر في الوجوب التخيري ليس الا عنوان احد الأشياء ، او الشئئين ، وأما الأفراد بخصوصياتها فليست متعلقة للأمر. مثلاً اذا قال المولى صل او صم ليس المأمور به خصوص الصوم ولا خصوص الصلاة ، بحيث من يختار الصلاة كانت هي الواجبة في حقه ، ومن اختار الصوم كان هو الواجب عليه ، فانه مناف للإشتراك في التكليف ، بل كل من الأفراد يكون مصداقاً للمأمور به ، ويجري هذا في تعلق كل من الإكراه او الاضطرار الى الجامع . اذا عرفت هذا « نقول » : صور الاكراه على الجامع خمسة . لانه « تارة » يتعلق بالإكراه او الإضطرار بالجامع بين محرمين فيكرهه على احداً من شرب الخمر او قتل النفس . و « أخرى » ، يتعلق بالجامع بين الحرام والمباح . و « ثالثة » يتعلق بالجامع بين المباح والمعاملة . و « رابعة » يتعلق باحدى المعاملتين بالمعنى الشامل للعقود والإيقاعات . و « خامسة » يتعلق بالجامع بين الحرام والمعاملة اى بين ما يتعلق به الحكم التكليفي والوضعي .

« أما الصورة الأولى » : وهي تعلق الاكراه باحد المحرمين ، فقد عرفت ان كلاً منهما بخصوصه ليس مكرهاً عليه ، وإنما الاكراه متعلق بالجامع فترفع حرمة بالإكراه فيجوز ارتكابه بل قد يجب ، ولكن بما ان الجامع لا يمكن ايجاده الا في ضمن احدى الخصوصيتين ففقدمة لارتكاب الجامع المكره عليه ، يضطر المكلف بارتكاب احدى الخصوصيتين فيثبت الترخيص في احدهما بنحو التخير . فاذا أتى بالجامع في ضمن احدهما لم يرتكب محرماً .

« نعم » . اذا أتى بالجامع في ضمن كلتا الخصوصيتين ، فقد ارتكب المحرم لعدم ثبوت الترخيص الا في احدهما . فاذا كانت الخصوصيتان متساويتين في

الأهمية يتخير المكلف بينهما ، وإن كان أحدهما أهم ، كما إذا أكره على شرب الخمر أو شرب الماء المتنجس تعين ارتكاب المهم دون الأهم ، لأن شرب الخمر في المثال مشتمل على شرب النجس وزيادة .

« وأما الصورة الثانية » : وهي الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فهو غير رافع لحزمة الحرام ، وإن صدق الإكراه إلى الجامع بينه وبين المباح . ولا أثر لمثل هذا الإكراه لأن الجامع بين الحرام والمباح لم يكن حراماً ، وليس المكلف مضطراً إلى ارتكاب الخصوصية المحرمة مقدمة لإرتكاب الجامع الذي أكره عليه ، بل يكون المقام نظير ما إذا كان المكلف متمكناً من التفصيص بغير التورية .

« وأما الصورة الثالثة » : وهي تعلق الإكراه بالجامع بين المباح والمعاملة ، كما إذا أكره أحد على السكوت أو بيع داره مثلاً ، فالإكراه فيها أيضاً لا يرفع أثر المعاملة إذا اختارها ، لما تقدم في الصورة السابقة ، فإن المعاملة في الفرض تكون صادرة عن طيب النفس ، إذ لا نغني بها إلا ما يقابل المعاملة الصادرة عن الخوف ، ومن الظاهر أن الأقدام عليها في الفرض ليس من أجل الخوف على الترك فتصح . ومن هنا ظهر الحال ، فيما إذا أكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة والفسادة بأن قال له : بيع دارك أو وقع معاملة غررية مثلاً ، فإن الإكراه على الفاسدة لا أثر لها ، فإذا اختار الصحيحة صححت إذا كان عالماً بفساد المعاملة الغررية ، لصدورها عن طيب النفس لا الإكراه ، ولا الإضطرار الجامع بينهما خوف الضرر على الترك إذ ليس في ترك الصحيحة ضرر ليكون صدورها عن إكراه أو اضطرار . وهكذا ظهر الحال إذا أكره على الجامع بين المعاملة الصحيحة وما يكون مورد حق الغير ، كما إذا أكره على الجامع بين بيع داره وإيفاء دينه .

« وأما الصورة الرابعة » : وهي ما إذا أكره على أحد المعاملتين كطلاق زوجته أو بيع داره ، فنفسد فيها المعاملة التي يختاره المكروه ، وذلك لأن الإكراه وإن

لم يتعلق بكل من المعاملتين ، وإنما تعلق بالجامع ، الا انك عرفت اضطراب المكره الى ارتكاب احدى الخصوصيتين مقدمة لدفع الضرر المترتب على ترك الجامع ، فهو مضطر الى احدى المعاملتين ، وهذا الاضطراب يرفع الأثر عما يختاره المكره خارجاً .

وهذا الاضطراب لا يقاس بالاضطراب الذي قلنا بعدم كونه رافعاً للأثر الوضعي ، لأن شمول حديث الرفع له خلاف الإمتنان ، وذلك ، لأن الاضطراب هناك كان ناشئاً عن الضرر الخارجي ، وفي المقام الاضطراب ناش من ضرر داخلي اعني الضرر المترتب على ترك الجامع من جهة الإكراه عليه وهذا رافع للأثر الوضعي ايضاً ، بل يتنافي طيب النفس .

« وأما الصورة الخامسة » : وهي ما اذا تعلق الإكراه بالجامع بين الحكم التكليفي والوضعي ، كما اذا اكراه على بيع داره او شرب الخمر مثلاً . فلا بد من التكلم فيها من وجهين . احدهما من حيث الحكم التكليفي وانه يرتفع الحرمة بالإكراه اولاً ؟ وثانيهما من حيث الحكم الوضعي .

« أما الحكم التكليفي » فالظاهر عدم ارتفاعه ، وذلك ، لأن المعاملة ليست من المحرمات وإنما هي من المباحات ، فيكون المقام من قبيل الإكراه على الجامع بين الحرام والمباح ، فيكون المكلف متمكناً من التفصى عن ارتكاب الحرام باختيار المعاملة ، فالحرمة لا ترتفع بذلك .

« وأما الحكم الوضعي » اذا اختار البيع . فالظاهر عدم ترتبه عليه ، وذلك ، لصدوره عن خوف ترتب الضرر على الترك ، بعد فرض بقاء الحرمة في الطرف الآخر . « وبعبارة أخرى » شرب الخمر ضرر في نفسه فيترتب على ترك البيع احد ضررين : اما شرب الخمر . واما الضرر المتوعد عليه من طرف المكره ، فليس صادراً عن طيب النفس بل يكون صادراً عن خوف الضرر ، الجامع بين الإكراه

والإضطرار . هذا كله في الإكراه على الجامع بين الأفراد العرضية .

« وأما الإكراه » على الجامع بين الأفراد الطولية ، كما إذا أكره على فعل محرم في اليوم أو في الغد - مثلاً - أو أكره على بيع داره في اليوم أو بعده ، فهل يكون رافعاً للأثر عن أحدهما ، من غير فرق بين الفرد السابق واللاحق في الأحكام التكليفية والوضعية ، أو لا يكون رافعاً للأثر إلا عن الفرد اللاحق مطلقاً ، أو يفصل بين التكاليف والوضعيات ، ففي التكليفيات لا يرتفع الأثر إلا عن الفرد اللاحق بخلاف الوضعيات ، فإنه يرتفع الأثر بالإكراه فيه ولو اختار الفرد السابق لسراية الأكراه إليه ، ولتساوي الفردين بالنسبة إلى الجامع المكروه عليه ، كما ذكره المحقق النائيني « ره » وذكر في الأصول تعيين الفرد السابق في التكليفيات ، في صورة واحدة :

وهي ما إذا كان الفرد اللاحق أهم في نظر الشارع ، كما إذا أكره على شرب النجس في اليوم أو قتل مؤمن في الغد ، فإنه يتعين عليه دفع الإكراه بالفرد السابق واختياره ، لأن أهمية الفرد اللاحق يكون معجزاً شرعياً عنه فيجب حفظ القدرة على الفرد اللاحق بارتكاب الفرد السابق ؟

« ونقول » : أما ما أفاده في فرض أهمية اللاحق ، فهو تام « وأما ما ذكره » من التفصيل ، فغير تام .

« توضيح ذلك » : أن الإكراه على الجامع بين الأفراد الطولية لا يوجب كون الفرد السابق صادراً عن خوف الضرر على تركه الذي هو الجامع بين الإكراه والإضطرار ، لعدم ترتب ضرر على تركه في نفسه ، وإنما يترتب الضرر على تركه المنظم إلى ترك الفرد اللاحق ، ولذا لا يجوز للمكلف ارتكابه .

وهكذا الحال في التكاليف الوجوبية ، إذا أكره المكلف على ترك أحد

واجبين طولين لا يجوز له ترك الفرد الأول حفظاً للقدرة على ارتكاب الفرد اللاحق . بل لابد له من الاتيان بالواجب المتقدم ، فيتعين ترتيب الضرر على الثاني فيجوز تركه لا محالة .

« نعم » يختص ما ذكرناه ، بالواجبات الاستقلالية ، دون الضمنية ، كما اذا اكره او اضطر الى ترك التشهد مثلاً ، في الركعة الثانية او الرابعة ، فانه لا يتعين فيه ترك الفرد اللاحق والاتيان بالسابق الا في الموارد المنصوصة . « وذلك » لان الأمر بالمركب يسقط بتعذر بعض اجزائه لاحالة .

« الا انه » في الصلاة ثبت الأمر بالمقدار الميسور منها ، اما للإجماع ، او للروايات ، او لغیر ذلك . وهذا الأمر الحادث بعد التعذر يدور أمره ، بين ان يكون متعلقاً بالصلوة مع التشهد في الركعة الثانية ، او بخصوص الصلاة مع التشهد في الركعة الأخيرة ، او مع التشهد في الجملة ، فيكون من صغريات دوران الأمر بين التعيين والتخير ، وقد بينا في الأصول ان الأصل يقتضي البرائة عن التعيين ، فلا يقاس الإضطرار او الإكراه بالجامع في الواجبات الضمنية بالواجبات الاستقلالية ، لأن الشك هناك في سقوط التكليف عن الفرد الأول بالإكراه بالجامع وفي المقام في حدوث التكليف وتعلقه بخصوص الفرد الأول .

« نعم » في بعض الأجزاء يظهر من الأدلة تعين الإتيان بالفرد السابق مع الإضطرار الى ترك الجامع ، كالقيام ، لقوله (ع) : اذا قوى غلبقم . فانه يصدق التمكن منه في الركعة الأولى ، اذا لم يتمكن منه الا في إحدى الركعات . هذا كله في التكليف .

وقد ظهر الحال في الوضعيات ايضاً ، فان الفرد السابق من المعاملة التي اكره على الجامع بينها وبين الفرد اللاحق ليس مما يخاف الضرر على تركها في نفسه الا منضمّاً بترك الآخر ، ليكون مكرهاً عليها او مضطراً اليها ، فاذا اختارها المكره كان

قوله (ره) : ثم إن اكراه أحد للشخصين ... الخ (١)

صدورها عن طيب نفسه واختياره ، فتصح . وهذا بخلاف الفرد اللاحق ، فانه يصدر عن خووف الضرر على تركه بعدما ترك الفرد الأول لا محالة .

« نعم » بناءً على ما اختاره في المتن من عدم تحقق طيب النفس بمجرد الإكراه مع امكان التفصي بالخروج عن المحل الذي هو فيه ، ولو لم يكن فيه حرج ولا ضرر ولا مشقة ، امكن القول بعدم ترتب الأثر على الفرد الأول من المعاملة في المقام ، اذا اختارها ، الا انك عرفت فساد المنهني .

(١) اكراه احد الشخصين ، او الاشخاص ، يكون نظير الواجب الكفائي الذي ذكرنا تعلق الوجوب فيه بالجامع بين الشخصين او الاشخاص ، ففي اكراه أحد الشخصين ايضاً يكون متعلق الإكراه هو الجامع بينهما ، وهو « تارة » يكون في مورد الاحكام التكليفية ، و « اخرى » في الاحكام الوضعية . وعلى الثاني « تارة » يكون المكروه عليه متعدداً مع قطع النظر عن المصدر و « اخرى » يكون تعدده بلحاظ المصدر ، فالاقسام ثلاثة .

« اما القسم الأول » : أعني اكراه أحد الشخصين على فعل محرم ، فالظاهر انه لا يرفع الأثر التكليفي - اي الحرمة - عن فعل كل منهما ، الا اذا إطمأن بأن الآخر لا يأتي به ، او احتمل ذلك احتمالاً عقلياً لخوف الضرر على تركه . « وذلك » لأن التكليف ينحل الى تكاليف عديدة بحسب أفراد المكلفين ، ويكون لكل منهم تكليفاً مغايراً لتكليف الآخر اجنبياً عنه . ولا يسقط التكليف عن كل منهما الا اذا إطمأن بالضرر ، فانه حجة ، او احتمله احتمالاً عقلياً ، « والا » فاذا احتمل ان الآخر يرتكبه ، لكونه غير مهال بالدين مثلاً ، بحيث ارتفع عنه خوف الضرر على الترك فالتكليف المتعلق به باق لا بد له من إمثاله ، ولا يجوز مخالفته .

« وأما القسم الثاني » : وهو ما اذا تعلق الإكراه بالجامع بين الشخصين في

قوله (ره): واعلم ان الإكراه قد يتعلق . . . الخ (١)

الوضعيات مع فرض تعدد المكره عليه في نفسه ، كما اذا اكراه الجائر احد الشخصين علي بيع داره ، فان بيع كل من الدارين في نفسه يغير بيع الدار الآخر وهذا القسم يكون ملحقاً بالقسم الاول ، فان كلا منهما ان احتمل عقلاً رافعاً للخوف صدور البيع من الآخر ومع ذلك أقدم على بيع داره ، لاحتمال يكون بيعه بطيب نفسه ، ولا يكون صادراً عن خوف الضرر ، ، فيكون صحيحاً . وأما اذا لم يحتمل ذلك ، او احتمله ولم يكن احتمالاً رافعاً للخوف ، فيكون العقد الصادر منه مستنداً الى الخوف ، فيكون فاسداً ،

« وأما القسم الثالث » : وهو الفرض مع اتحاد المكره عليه في نفسه وكون تغايره بلحاظ تغاير المصدر ، كما اذا اكراه احد الوكيلين على بيع دار موكله الشخصية فان المكره عليه حينئذ يكون امراً شخصياً خارجياً والإختلاف يكون من ناحية مصدر بيع الدار الشخصية ، او نفرض تعلق الإكراه بما يعم الوكيلين والموكل . « والظاهر » ارتفاع الأثر عن العقد في هذا القسم على جميع التقادير « وذلك » لأن موضوع الأثر فيه ليس هو العقد الصادر عن الوكيل بمعناه المصدري ، وإنما هو العقد المستند الى الموكل بالمعنى الأسم المصدري ، والعقد بهذا المعنى - اي العقد المستند الى الموكل - لا يكون صادراً عن طيب النفس ، بل يكون صادراً عن اكراه ولولم يكن بمعناه المصدري كذلك .

« وبعبارة اخرى » مورد الامضاء الشرعي هو العقد الصادر عن الجامع بين الوكيلين لاعتن خصوص كل منهما ، والمفروض كون العقد الصادر عن الجامع مكرهاً عليه ، فيكون فاسداً سواء علم المصدر بعدم اقدام الآخر عليه او احتمله او علم بخلافه .

(١) صور المسألة ثلاثة : لانه قد يتعلق الإكراه بالمالك العاقد كما هو الغالب

وقد يتعلق بالمالك دون العاقد . وقد ينعكس الأمر فيتعلق الإكراه بالعاقد دون المالك .

« أما الصورة الأولى » : فقد تقدم الكلام فيها وإن الإكراه فيها رافع للأثر ، سواء كان وضعياً أو تكليفاً على تفصيل تقدم .

و « أما الصورة الثانية » : كما إذا أكره المالك على توكيل غيره في بيع داره ، وبعد تحقق الوكالة باعها الوكيل باختياره وطيب نفسه ، فالإكراه فيها لا محالة تكون في التوكيل ، فيكون فاسداً . فإن حصل للمالك طيب النفس بالوكالة في أثناء الإكراه ووقوع العقد ، فتصح الوكالة بناء على صحة العقد الصادر عن إكراه إذا لحقه طيب نفس مالكة ، فتنفذ معاملة الوكيل مطلقاً . والا فتكون المعاملة الصادرة عن الوكيل فضولية .

فإن كانت قابلة للحقوق الإجازة بها ولحقته الإجازة صحت ، كما في العقود . وأما إذا لم تكن قابلة ، بأن كانت ايقاعاً ، كما إذا أكره الزوج على توكيل غيره في طلاق زوجته ، فوكله ، فطلقها اختياراً . فإنهم إدعوا الإجماع على بطلان الايقاع الفضولي وعدم قابليته للحقوق الإجازة به ، وإن كان مشمولاً لدليل صحة الفضولي على ماسيأتي الكلام فيه فلا محالة تكون فاسدة لا يترتب عليها الأثر وهكذا إذا كانت قابلة للإجازة ولكن لم يجزها المالك .

و « أما الصورة الثالثة » : وهي ما إذا تعلق الإكراه بالعاقد دون المالك . وفي هذه الصورة « تارة » يكون المكره - بالكسر - هو المالك و « أخرى » يكون غيره وعلى الثاني « تارة » يكون المكره - بالفتح - وكيلاً عن المالك للعقد و « أخرى » يكون شخصاً أجنبياً عنه .

« أما أن كان المكره هو المالك » : كما إذا أكره الزوجة عالم البلاد على تزويج نفسها لشخص خاص ، أو أكرهه المالك على بيع داره . فالظاهر هو الصحة ولا

يترتب الأثر على الإكراه . « وذلك » لعدم شمول شيء من أدلة رفع الأثر عن الإكراه للمقام .

« أما قوله سبحانه » : الا ان تكون تجارة عن تراض . فلانه انما يعتبر التراضي في التجارة ، ولا تصدق التجارة على فعل مجرى الصيغة ليعتبر صدوره عن طيب نفسه ، والمعتبر فيها على ما استظهرناه من الآية رضا المالك ومن بمنزلة من الولي والوكيل دون غيره . والمفروض تحققه في المقام .

و «أما النهوي» : وهو قوله (ص) : لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه . فهو وان كان شاملاً للتصرفات الاعتبارية ، مثل : النقل والانتقال ، لأن حذف المتعلق يفيد العموم . « الا » ان المعتبر في الحل طيب نفس من له المال دون غيره .

و « اما حديث الرفع » : فلانه لا يعم الا ما يكون مورداً للوضع لولا الإكراه او الإضطرار . وفعل مجرى الصيغة بنفسه ليس موضوعاً للأثر فتأمل .

« وبعبارة أخرى » : ليس في رفع الأثر ، في الفرض منة على المالك فتأمل ، ليغمر حديث الرفع الذي عرفت وروده في مقام الامتنان .

وأما ان كان المكره غير المالك وكان المكره - بالفتح - أجنبياً ، فلا أثر لإكراهه ، لعين البيان المتقدم ، فيكون العقد الصادر منه فضولياً يصح اذا كان قابلاً للحقوق الإجازة به ، ولحقته ، والا فيفسد .

وأما ان كان المكره - بالفتح - وكيلاً مفوضاً من قبل المالك . فقد استشكل فيه صاحب المالك ، وذهب فيه الى فساد العقد .

« والتحقيق » : ان الوكيل المفوض يكون لطيب نفسه ورضاه موضوعية في صحة العقد ولذا يصح منه العقد ولو كان معزولاً ما لم يصل اليه عزله ، لكن بما انه بدل تنزيلي عن الموكل .

« وان شئت قلت » : ان المعتبر انما هو رضا احد الشخصين من الوكيل

قوله (ره) : ولو أكرهه على بيع واحد غير معين . . انخ (١)

والموكل . « وعليه » : أن كان المالك راضياً بالعقد دون الوكيل ، فالعقد الصادر منه يكون صحيحاً ، لما عرفت من أن الإكراه على إصدار العقد بمعناه المصدري لا أثر له . وإن لم يكن راضياً به ، فإن لحقه الرضا من الموكل أو الوكيل يصح ، بناء على ما سننبه من صحة العقد الواقع عن إكراهه إذا لحقه رضا المالك : والا فيفسد .
« ولعل الوجه » فيما ذكره صاحب المسالك من الفساد حتى إذا رضى الموكل ، هو : أن من صدر منه العقد عن إكراهه ، لم يتحقق منه الرضا ، ومن رضى بالعقد - وهو الموكل - لم يكن العقد صادراً منه « وقد عرفت » أن صدور العقد بالمعنى المصدري ، لا يترتب عليه أثر أصلاً .

« ويؤكد » الفرع الآتي وهو صحة عقد المكره ، إذا تعقبه طيب نفس المالك فإن حيثية صدوره عن إكراهه لا يرتفع بالرضا المتأخر ، فلو كان له أثر لم يرتفع بالرضا بالعقد فيما بعد ، وهذا ظاهر .

(١) بعدما عرفت من أن الإكراه رافع للأثر ، حتى الأثر الوضعي : يقع الكلام فيما إذا اختلف المكره عليه مع ما وقع في الخارج . وفي فرض الاختلاف . « فتارة » يكون الواقع في الخارج أمراً مبيناً مع المكره عليه . و « أخرى » يكون أكثر أو أقل منه .

أما إذا كان ما وقع في الخارج أكثر من المكره عليه : كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد عبديه فباعها معاً . « فتارة » يكون المكره عليه هو الأقل بشرط لاعتن الزيادة ، ويكون ما أوقعه المكره في الخارج بشرط شيء . ولا اشكال في صحة المقدار الزائد في هذا القرض ، لأنه مبين للمكره عليه ، ولم يتعلق به الإكراه ، كما هو ظاهر . « وأخرى » لا يكون المكره عليه بشرط لاعتن الزيادة ، بل ما وقع عليه الإكراه هو الجامع بين الأمرين ، كما في المثال .

« وعليه » أيضاً : « تارة » يكون لانضمام كل من الشئين دخل في مالية الآخر ، كفردى النعال ، او مصراعي الباب . وفي هذا الفرض اذا اكرهه الجائر على بيع أحدهما فباعها معاً ، بطل البيع في الجميع ، لاستناده الى خوف ضرر الجائر فان المكره عليه وان كان بيع احدهما ، الا انه انما يختار بيع كليهما من باب كونه أقل ضرراً ، اذ اوباع واحد منهما لبقى الآخر بلا فائدة ، ولا يحصل رغبة في شرائه فبعد ما اكره على بيع احدهما ، اذا لم يبع شيئاً منهما يقع في ضرر الجائر ، واذا باع احدهما دون الآخر تضرر من جهة بقاء الآخر بلا راغب يرغب في شرائه ، ولا ينتفع به . فلا محالة يبيعهما معاً ، فيكون بيع كليهما مستنداً الى خوف ضرر الجائر فيبطل .

« واخرى » لا يكون لانضمام كل من الشئين دخل في مالية الآخر ، كما اذا اكرهه الجائر على بيع احد فرسيه فباعها معاً دفعة واحدة ، كما هو المفروض . فهل يصح البيع في كليهما ، كما اختاره المصنف (ره) ، لان ما وقع خارجاً - وهو بيع كليهما - لم يكن مكرهاً عليه اويعين الصحيح منها بالقرعة . اويبطل البيعان ، لأن صحتهما معاً غير ممكن ، لكون احدهما مكرهاً عليه ولا تعين له في الواقع ، فيبطل كلا البيعين اذ لا معنى لامضاء احدهما الغير المعين ، كما عن بعض مشايخنا المحققين (ره) وجوه .

« والظاهر » هو صحة احدهما . ويتعين باختيار البايع من دون حاجة الى القرعة . أما صحة البيع في احدهما ، فلا طلاق الأدلة من قوله تعالى : أحل الله البيع ونحوه . وأما فسادة في الآخر فللعلم بان عمومات صحة البيع قد خصصت في احد الشئين قطعاً بحديث رفع الإكراه . وهذا نظير ما اذا أكره أحد على شرب الاناثين اللذين فيهما الخمر فشربهما معاً ، فانه لا مجال فيه للقول بحرمة كلا الشرابين وتعدد العقاب ، لاطلاق دليل حرمة شرب الخمر فانه محصص في احدهما بدليل رفع الإكراه قطعاً ، كما لا مجال للقول بجواز شرب كليهما عليه ، لأن الإكراه لم يتعلق

الابواحد منها ، بل يكون أحد الشرين مباحاً والآخر حراماً عليه . والمقام أيضاً كذلك ، فيكون احدا البيعين جائزاً لاطلاقات الأدلة ، واحدهما فاسداً لحديث رفع الإكراه .

وأما كون التعيين باختيار البايع ، فلان ما تعلق به طيب النفس انما هو بيع احد المبيعين ، فيكون من هذه الجهة من بيع الكلى في المعين ، فتكون الخصوصيات الشخصية خارجة عن المبيع ، وتبقى في ملك البايع فيكون تعيين الكلى باختيار البايع « نعم » في بعض الموارد لا يكون التعيين باختيار البايع ، فلا مناص فيها من الرجوع الى القرعة . وهي ما اذا كان المشتري متعدداً ، كما اذا باع من شخصين ببيع واحد بناء على صحة ذلك ، فانه لا مجال حينئذ لكون البايع مخيراً في تعيين الصحيح من البيعين ، فان كلا من المشتريين يريد صحة شرائه ، فلا بد من القرعة .

« وتوهم » اختصاصها - اي القرعة - بما اذا كان الواقع معيناً في نفس الأمر . « مدفوع » باطلاق دليل القرعة . وقد عمل بها الفقهاء فيما لاتعين له واقعاً ، كما فيما اذا كان لرجل ثلاث زوجات ، وتزوج بنفسه وبوكيله بالرابعة والخامسة في آن واحد ، فان تزويج احدهما صحيح ، من دون تعيين ، فذكروا : ان ذلك تعيين بالقرعة . الى غير ذلك من الموارد . ففي المقام أيضاً يعين الصحيح بالقرعة .

« ثم ان ما ذكرناه » انما يجري فيما اذا لم يكن المكروه عليه معيناً ، اما بتعيين المكروه ، واما بتعين ذلك ، نظير الوضع التعيني والتعيني . وأما اذا كان متعيناً ، كما اذا اكراهه الجائر على بيع احد العبدین معيناً ، فباعهما معاً . يكون الفاسد بيع المكروه عليه دون غيره . وهكذا اذا تعين بفعل البايع ، كما اذا باع العبدین تدريجاً فان المبيع اولا يتعين في كونه مكروهاً عليه ، فيبطل دون بيع الفرد الآخر .

« ولا مجال » حينئذ لتوهم جعل الثاني مكروهاً عليه ، باختيار البايع ، نظير تبديل الامثال بامثال آخر . فان موضوع الإكراه ينتفي بالإتيان بالفرد الأول ،

فكيف يمكن ان يكون الفرد الثاني مصداقا للمكره عليه ، وهذا واضح . هذا كله فيما اذا كان الواقع في الخارج اكثر من المكره عليه .
وأما اذا كان أقل منه كما اذا اكراهه الجائر على بيع داره او عبده ، فباع نصف ذلك .

« فتارة » يكون بيع النصف مع كونه عازما على بيع النصف الآخر ، غاية الأمر يأتي تدريجا ، لزعمه ان المكره عليه هو الجامع بين البيع التدريجي والدفعي . وفي هذا الفرض لا اشكال في فساد البيع ، لكونه مكرها عليه . ولا وجه لما ذكره المصنف « ره » واشكاله في سماع دعوى ذلك في مقام الإثبات بقوله : لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الإمارات نظر . . فان نفس الإكراه قرينة على صدق دعواه .

« واخرى » بيع النصف لاحتمال ان الجائر يكتفى به عن المجموع . وفي هذا الفرض ايضا لا اشكال في الفساد ، لأن الإكراه على كل مقدار ينحل الى الاكراه على ابغاضه ، مثلا : الاكراه على دفع مائة درهم اكراه على دفع الخمسين ،
« وثالثة » يكون المكره عليه بشرط شيء ويأتي المكره بالاقل بشرط لا . وفي هذا الفرض ربما يتوهم ان وقع مغاير للمكره عليه فيكون صحيحا .

« ونقول » : نفرض الكلام فيما اذا كان الواقع في الخارج مباحثا حقيقة مع المكره عليه ويتضح به حكم المقام - مثلا - اذا فرضنا ان الجائر اكراهه على بيع كتابه فباع ردائه بدلا عنه ، من باب أهميته لديه اكثر من الرداء كان بيع الرداء فاسداً مع كونه مباحثا للمكره عليه « وذلك » لأن الدليل لرفع الاكراه كان أمراً .
(احدهما) : حديث الرفع ، وهو غير شامل للمقام ، لأن بيع الرداء لم يكن مكرها عليه .

(ثانيهما) : قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض وهو شامل للمقام ،

قوله ره : قال في التحرير لو اكره على للطلاق .. الخ (١)

فان بيع الرءاء على الفرض لم يكن بطيب النفس ، فيكون اكل المال بازائه من الاكل بالبطل . ففي المقام ايضا بيع نصف الدار او العبد لم يكن صادراً عن طيب نفس المالك ، فيكون اكل المال به من أكل المال بالبطل . (١) لابد في تفصيل الاكراه على الطلاق ونحوه من بيان أقسام الاكراه ، فانه يتصور على صور :

(احداها) : ان يكرهه الجائر على الطلاق ونحوه ، الا انه متمكن من دفع ضرر المكروه ، او يوطن نفسه على تحمل الضرر ومع ذلك يوقع الطلاق . ولا اشكال في الصحة في هذه الصورة . والظاهر خروجه عن مورد كلام العلامة (ره) . (ثانيها) : ان يكرهه على الطلاق ، فيوقعه خوفاً من ضرر الجائر . ولا اشكال في الفساد في هذه الصورة ايضا ، من غير فرق بين كون المكروه - بالفتح - معتقداً صحة العقد الواقع عن اكراه لجهله بالمسألة ، او اعتقداً بان دفع الضرر لا يكون الا بقصد حقيقة العقد او الطلاق فقصده ، وبين غيره . فان ذلك لا ينافي صدق الاكراه .

« ويؤيده » تمسك الامام (ع) بحديث رفع ما استكره عليه لفساد الحلف اكرهاها علي الطلاق والعقاق . من غير استفصال بين من يرى صحة الحلف الصادر عن اكراه وبين من يرى فساده ، مع ان أغلب العامة يرون صحة ذلك ووقوعه . فاحتمال الصحة ، كما زعمه المصنف (ره) في الفرض لا يناسب مقامه (قدّه) . « ثم انه » لافرق في تحقق الإكراه بين ان يكون الضرر الموجود متوجهاً الى نفس المكروه او ماله او عرضه ، او يكون متوجهاً الى بعض متعلقه ، كولد مثلاً فاذا قال الولد لوالده : طلق زوجتك والاقنت نفسي فطلقها ، بطل ، لأن موت الولد ضرر على الوالد . ولذا لو اوعده الأجنبي بقتل ولده على ترك عمل ، صدق

عليه عنوان الإكراه ، وهذا ظاهر .

(وثالثتها) : ان يكرهه الجائر على الطلاق ويكون له الداعي النفساني على الطلاق ايضاً ، الا انه ليس كلا من الأمرين ، تام الداعوية . فاذا انضم احدهما الى الآخر تم داعويته ، فكان كل من الإكراه والداعي النفساني جزءا مقتضى . وفي هذا الفرض يكون الطلاق مستنداً اليهما معاً ، فيكون فاسداً لأنه وان لم يكن مصداقاً للمكره عليه ، ولا يمكن التمسك فيه بحديث رفع الإكراه ، الا انه لا يكون صادراً عن طيب النفس ايضاً ، لصدوره عن كلا الأمرين معاً . وقد ذكرنا أن مقتضى قوله تعالى : الا ان تكون تجارة عن تراض . اعتبار صدوره عن طيب النفس وهو مفقود .

(رابعتها) : ان يكون كل من الاكراه والداعي النفساني - كسوء خلق الزوجة في نفسه ، في المثال المذكور - تام الداعوية لطلاق الزوج ، بحيث لو فقد احدهما أثر الآخر ، الا أن الأثر الفعلي لامحالة يستند اليهما معاً . ففي هذه الصورة لا بد من الحكم بالصحة ، لاستناد الأثر الى طيب النفس التام في مقام الداعوية . وانضمام الاكراه اليه لا يوجب عدم تأثيره ، لأن الاكراه ليس مقتضياً للفساد ولا مانعاً من الصحة ، وانما نقول بفساد المعاملة الصادرة عن الاكراه لعدم مقتضى - وهو طيب النفس - لا لوجود مقتضى الفساد . فانضمامه الى الداعي النفساني المقتضى للصحة لا يمنع عن تأثيره وكثيراً ما ينضم الداعي النفساني الى الداعي القربي في العبادات ، ويكون كل منهما تام الداعوية في نفسه ، ولا يخل بعبادتها .

« وعليه » فلا وجه لقياس هذه الصورة بالصورة السابقة ، والقول بالبطلان فيها عن الميرزا « ره » بدعوى استناد الأثر في كلتا صورتين الى مجموع الاكراه والداعي النفساني . فان الداعي النفساني في الصورة السابقة لم يكن تام الداعوية ، بخلافها في هذه الصورة ، فان طيب النفس فيها تام الداعوية ، غاية انه انضم اليه

قوله ره : لو رضي المكره بما فعله صحح للعقد (١)

ماليس مقتضيا للصحة .

« ثم مع التنزل » وفرض كون الاكراه مانعا عن الصحة نقول : شمول دليل رفع الاكراه لمثل المقام الذي يكون المالك طيب النفس خلاف الامتنان .
 « ثمان المكره » اذا تمكن من التورية ولم يفعل ، فالظاهر عدم صدق الاكراه لما ذكرنا سابقا من تقوم الاكراه بالعجز حتى عن التورية ، وان مجرد القضية الشرطية لا يحقق عنوان الاكراه . ولعل هذا مورد حكم العلامة بالصحة ، ومراده من قوله : لو طلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق .
 (١) ربما يقال بعدم ترتب الأثر على عقد المكره حتى بعد لحوق الرضا به ، والوجه في ذلك أحد أمرين :

(الأول) اعتبار مقارنة طيب نفس المالك ورضاه مع العقد في مفهومه ، فلا يصدق عنوان العقد مع عدم مقارنة الرضا . (وفيه) أن العقد ليس إلا كبقية المفاهيم مثل الأكل والشرب ونحوهما ، ومن الواضح أن الداعي لادخل له في شيء من تلك المفاهيم ، فالأكل يصدق على الأكل الخارجي بأيّ داع حصل من طيب النفس أو الإكراه أو غير ذلك ، وهكذا مفهوم الشرب ، وكذلك مفهوم العقد . ولولا ذلك لزم عدم صدق العقد على بيع الفضول وعدم صدقه على بيع المكره بحق فلا بد وأن يكون ترتب الأثر عليه بالتعبد الشرعي لا بما أنه عقد ، وهو كما ترى .
 (الثاني) اعتبار مقارنة رضا المالك في صحة العقد لا في مفهومه . وهذا وان لم يكن كسابقه بديهي الفساد الا أن اعتبار ذلك في الصحة مع عدم صدق العقد بدونه يحتاج الى دليل ، ولادليل على اعتباره والا لزم بطلان العقد الفضولي وان لحقته الإجازة لعدم اقترانه برضا المالك .

وهناك وجهان آخران ، وهو اعتبار مقارنة رضا العاقد في مفهوم العقد أو

في صحته . وقد ظهر الجواب عنها بما تقدم ، مضافاً الى أن لازمه فساد بيع العاقد المكره على انشاء الصيغة من قبل المالك ، وقد مرّ صحته .

(وبالجملة) صحة بيع الفضولي بلحوق الرضا تستلزم صحة بيع المكره بلحوق طيب نفس المالك ، بل في بيع المكره مرجح للصحة ، وهو صدور العقد من المالك دون بيع الفضول ، فانها مشتركان في عدم مقارنة العقد بطيب نفس المالك ، إلا ان الانشاء أيضاً في بيع الفضولي غير ناشٍ من المالك بخلاف بيع المكره .

(اللهم) الا أن يدعي الفرق بين البيع الفضولي وبيع المكره . ويدعي قيام الدليل على اعتبار مقارنة العقد مع الرضا :

(أما الفرق) بين بيع الفضولي والمكره فهو أن ظاهر قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » توجه الخطاب الى الملاك ووجوب وفاء كل مالك بالعقد المستند اليه ، وليس الخطاب متوجهاً الى غير الملاك ولا الى المالك الذي لم يستند العقد اليه كما أن ظاهر قوله تعالى . « فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق » وجوب غسل كل شخص وجه نفسه ويديه ، لا أن يغسل كل أحد وجه غيره ويديه ، فالأمر بالوفاء بالعقد أيضاً كذلك لايراد به لزوم وفاء المالك بالعقد الصادر عن غيره .

(ثم) ان العقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك ولا يستند اليه قبل إجازته ورضاه ، وعليه فخروجه عن عموم « أوفوا بالعقود » قبل لحوق الإجازة به يكون بالتخصيص ، لعدم كونه عقداً للمالك ، فإذا لحقته الإجازة يدخل حينئذ في عنوان العقود فيعمه حكمها . وهذا بخلاف عقد المكره ، فإن خروجه عن عموم الآية إنما يكون بالتخصيص بمقتضى حديث رفع الاكراه ، لأنه قبل لحوق الإجازة أيضاً عقد مستند الى المالك ، فاذا خرج عن العموم بالتخصيص رجوعه اليه بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل ، وهذا هو الفارق بينهما .

ثم إذا استفدنا الحصر من قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ » كما

هو الصحيح ، لأن الاستثناء فيه متصل لا منقطع كما زعمه المصنف في المقام ، والمعنى لا تأكلوا أموالكم بوجه من الوجوه فإنه باطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ ، فيفيد حصر سبب حل الأكل بالتجارة عن تراضٍ ، ويصدق التجارة الناشئة عن الرضا على بيع الفضولي إذ لحقته الاجازة ، ولا يصدق التجارة الناشئة عن الرضا على بيع المكروه بعد لحوق الرضا اليه ، لتأخر الرضا عن تجارة المالك .

(وبالجملة) يمكن الفرق بين بيع المكروه وبيع الفضولي بما ذكرناه من أن بيع المكروه من حين صدوره يستند الى المالك ، فاذا خرج عن عموم «أوفوا بالعقود» بالتخصيص فعوده اليه بعد لحوق الرضا يحتاج الى دليل . وهذا بخلاف بيع الفضولي فإنه إنما يستند الى المالك ويدخل في موضوع الآية حين لحوق الاجازة ، فيثبت له الحكم ويترتب عليه الأثر .

إلا ان المصنف استدل على صحة بيع المكروه بعد لحوق الرضا بوجهين :

(أحدهما) : أن رفع أثر بيع المكروه بعد لحوق رضاه - اعنى صحته حينئذ - خلاف الامتنان عليه ، فلا يعمه حديث الرفع ، إذ لعل البيع يكون صلاحاً له فيرضى به . نعم ترتب الأثر عليه قبل لحوق الرضا به موافق للامتنان . (وفيه) أن ما افاده مناف لما أوضحه في بحث الأصول من أن حديث الرفع إنما يرفع الآثار المترتبة على الموضوعات بعنوانها اذا كان رفعها موافقاً للامتنان ، ولا يعم الأثر المترتب عليها بعنوان العمد أو بعنوان الاكراه ونحوه من الأمور المذكورة في الحديث . وعليه فصحة بيع المكروه اذا لحقته الرضا إن دل عليه دليل يكون حكماً ثابتاً لعنوان الاكراه ، فلا يعمها حديث الرفع ، سواء كان رفعها موافقاً للامتنان أو بخالفاً له . نعم لادليل في مقام الاثبات على صحة عقد المكروه بعد لحوق الرضا .

(ثانيهما) : ما اطال فيه الكلام ، وحاصله منع حكومة حديث الرفع على أدلة صحة البيع ووجوب الوفاء بالعقود ، وذلك لأن قوله تعالى : «أوفوا بالعقود» و

« أحل الله البيع » مخصص بالمرضى بحكم العقل وغيره فليس له إطلاق ، وعليه فالعقد الغير المرضي به ليس موضوعاً لأدلة الصحة ليعمه حديث الرفع ، وأما المرضي به فإن كان الرضا به مقارناً يستحيل أن يتعلق به الاكراه أيضاً ويكون مكرهاً عليه ايضاً ، فانها متناقضان فلا يعمه رفع الاكراه ، وأما إن كان الرضا به لاحقاً فذات العقد الملحق بالرضا جزء للسبب وليس موضوعاً للدالة ليعمه حديث رفع الاكراه ، فعلى أي تقدير ليس الرفع حاكماً على أدلة صحة العقود .

(وفيه) انه إنما يتم لو كان تخصيص دليل الوفاء بالعقد بحديث الرفع في طول تخصيصه بحديث « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » وقوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض » وغيره مما دلّ على اعتبار الرضا في صحة العقد ، وليس الأمر كذلك بل تخصيصه بكل من المخصصين عرضي ، فان حديث الرفع أيضاً مخصص لعموم الوفاء بالعقود غاية بلسان الحكومة ، وقد ذكرنا في بحث انقلاب النسبة أنه اذا ورد مخصص على عام واحد يخصص بهما معا . (وعليه) فيخصص عموم الآية بكل من حديث رفع الاكراه وما دلّ على اعتبار طيب النفس ، ويخرج عنه العقد المكره عليه ، ورجوعه الى الحكم العام بعد لجوء الرضا يحتاج الى دليل وهو مفقود ، فلا يتم شيء من الوجهين اللذين أطال المصنف الكلام فيهما .

إلا أن الصحيح مع ذلك كله صحة عقد المكره بعد لجوء الرضا به ، وذلك ، لأنه ليس المراد من العقد انشاؤه الذي لابقاء له ، بل المراد به الأمر الاعتباري من المبادلة وحصول النقل والانتقال الذي له بقاء واستمرار في عالم الاعتبار ، وعليه فما لم يلحق به الرضا يكون العقد مكرهاً عليه فيعمه حديث رفع الاكراه . وأما اذا لحقه الرضا فليس العقد بقاء مصداقاً للمكره عليه .

(ومن الواضح) ان حديث رفع الاكراه انما يرفع الأثر مادام الاكراه متحققاً ويصدق عليه عنوان المكره عليه ، فاذا رضي به المالك بقاء صار العقد

مصدقا للتجارة عن تراض ، فيعنه دليل الصحة .

(وبعبارة اخرى) اذا كان للعام أو المطلق استمرار قورد عليه المخصص في مقدار من الزمان لآمانع من التمسك به في الزائد على ذلك المقدار من الزمان ، فقوله تعالى : « أفوا بالعقود » له استمرار من حيث الزمان ، وقد خصص ما دام العقد كان مكرهاً عليه ، وأما اذا رضي به المالك وخرج عن عنوان المكره عليه فيعنه الآية المباركة ، ويؤكد المبالغة بين التجارة عن تراض واكل المال بالباطل في الآية الشريفة ، فانه اذا غصب احد من غيره شيئاً فهو مصداق لأكل المال بالباطل مالم يرض به المالك ، فاذا رضي لم يكن من الأكل بالباطل ، فلا محالة يكون مصداقاً للتجارة عن تراض .

(والحاصل) ان الظاهر صحة عقد المكره اذا لحقه رضا المالك ، الا انه ربما يستشكل فيها بما ذكر فارقاً بين عقد المكره وعقد الفضولي : من أن عقد الفضول إنما يستند الى المالك مقارناً لحصول طيب نفسه ورضاه ، فيعنه عموم « أفوا بالعقود » ، بخلاف عقد المكره فانه يكون مستنداً الى المالك قبل طيب نفسه ورضاه ومع ذلك لم يكن مشمولاً لعموم الدليل ، فشموله له بعد الرضا يحتاج الى دليل . (ولكنك) قد عرفت أن هذا الفرق ليس بفارق ، فان عقد المكره - وإن لم يكن مقارناً مع رضا المالك حدوثاً - الا انه مقارن معه بقاء ، فيعنه عموم « أفوا بالعقود » بقاء كما عرفت ، فلا فرق بينه وبين العقد الفضولي .

ثم انه يمكن تقريب صحة بيع المكره بوجه آخر يقرب من أول الوجهين المذكورين في كلام المصنف وهو أن الآثار المترتبة على الأفعال بعناوينها الأولية (منها) : ما يكون رفعها موافقاً للامتنان مطلقاً كالأحكام التكليفية كحرمة شرب الخمر ، فان رفعها موافق للامتنان في مورد الإكراه والإضطرار والخطأ والنسيان مطلقاً (ومنها) : ما يكون رفعها مخالفاً للامتنان كذلك كالأثار الوضعبة في مورد

قوله ره : رضا المتأخر ناقل او كاشف (١)

الإضطرار ، فان رفعها مخالف للامتنان على الإطلاق . (ومنها) : ما يكون رفعها موافقاً للامتنان في بعض الحالات دون بعض ، فحديث الرفع بناء على كونه وارداً مورد الامتنان - كما هو الظاهر - يكون رافعاً لما هو من قبيل الاول مطلقاً ولا يكون رافعاً لما هو من قبيل الثاني مطلقاً ، وفي الثالث يرفع الأثر في الحال الذي يكون رفعه امتناناً ولا يكون رافعاً له فيما ليس رفعه امتناناً في المقام ارتفاع اثر بيع المكره في حال قبل لحوق الرضا موافق فيرتفع ، للامتنان وفي حال لحوق الرضا مخالف للامتنان فلا يرتفع . (وبعبارة أخرى) لدليل « أوفوا بالعقود » اطلاق أزماي ، فيثبت به الملكية مستمرة من زمان تحقق العقد الى الأبد ، ففي بيع المكره يقيد اطلاقه بحديث الرفع في الحال الذي يكون فيه الرفع موافقاً للامتنان - وهو ما قبل لحوق الرضا - وأما في غيره فيتمسك باطلاق الآية ويترتب عليه الأثر لعدم جريان حديث الرفع فيه . والفرق بين هذا الوجه وما أفاده المصنف واضح ، فانه « قده » ذكر أولاً أن المرفوع في حديث الرفع هو المؤاخذه ، ثم ذكر بعد ذلك أن رفع صحة بيع المكره بعد لحوق رضاه مخالف للامتنان . وقد أوردنا عليه بعدم الدليل على صحة بيع المكره اذا لحقه الرضا ، وأما على ما ذكرناه فإطلاق الآية بنفسه دليل على ترتب الأثر على بيع المكره اذا لحقه الرضا كما عرفت .

(١) لا ريب في أن مقتضى الأصل العملي هو النقل . الا انه ربما يدعي وجود الدليل على الكشف ، وهو ماورد في ارث الصغير او الصغيرة التي تزوجه كبير أو كبيرة أو صغير مثله ثم مات فاذا بلغ اجاز النكاح من انه يستحلف على اجازته ، وانه لو كان حياً أيضاً لأجاز النكاح فيورث منه (١) مع ان ارثه منه مبني على

(١) راجع الوسائل ج ٣ طبع عين الدولة في الباب ١١ من ابواب ميراث

الأزواج .

الكشف ليتحقق موضوع موت الزوج أو الزوجة عن وارث ، والإستحلاف إنما هو من جهة كونه مورداً للثمة وان الاجازة من جهة الارث .

(هذا) إلا أن الرواية واردة في الفضولي ، والتعدي الى المكره مبني على إلغاء الخصوصية ، وان الميزان إنما هو تعلق الاجازة أوالرضا بالعقد السابق ، وهو موجود في عقد المكره أيضاً كما يتعدى الى غير النكاح أو بالأولوية ، والا فالكشف حكم مختص بمورده وهو النكاح الفضولي ، ولا يتعدى عن مورد النص .

ولكن قد يدعي أن الكشف يكون على القاعدة ، إذ فرق بين اشتراط صحة العقد بالرضا المتأخر وغيره كالقبض في الصرف والهبة ، لأن الرضا والإجازة إنما يتعلق بالعقد السابق . فاذا قام دليل على اعتباره لابد من ترتيب الأثر من حين العقد نظير ما اذا باع احد داره فعلا قبل عشرة ايام وقام دليل على اعتباره ولو كان العمومات لو لم يكن منصرفاً عن مثل ذلك لكونه خلاف المتعارف ، فان لازمه الكشف وترتيب آثار الملكية السابقة والإجازة أيضاً كذلك .

ثم أورد عليه بما حاصله : ان الإجازة لم تتعلق بالملكية من حين العقد ، وإنما تعلقت بطبيعي الملكية ، ومقتضى ظاهر الأدلة التي تعتبر اشتراط نفس الإجازة في صحة العقد وترتب الأثر عليه لاوصف التعقب عدم ترتب الأثر الا بعد حصول الشرط ، وهو لاينافي تعلق الإجازة بالعقد السابق .

ثم أجاب بما حاصله : انه انما يتم لو قلنا بالكشف الحقيقي وأما الكشف الحكمي اعني حكم الشارع بعد حصول الإجازة والرضا بالملكية السابقة من زمان البيع ، فلا ينافي شرطية نفس الإجازة والرضا .

ثم اشكل عليه بأن الملكية عين حكم الشارع ، فلا يمكن تخلفها (وفيه) مانئنه في بحث الفضولي من أن الجعل غير المجعول ، فالجعل - وهو الحكم - عبارة عن نفس الاعتبار والملكية تكون متعلقة للحكم وهو المجعول ، فكما يمكن أن يكون الاعتبار

قوله ره : وإن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد (١)

قوله ره : مسألة : ومن شروط المتعاقدين اذن للسيد (٢)

فعلياً ومتعلقه امرأ لاحقاً - كما في الوصية - يمكن أن يكون الاعتبار فعلياً ومتعلقه امرأ سابقاً . (وهذا) نظير أن ينشئ أحد - فعلاً - ملكية داره لزيد من قبل سنة - بأن يكون الانشاء فعلياً والمنشأ امرأ متقدماً - فاذا فرضنا قيام الدليل على صحته كما اذا فرض عدم كونه خلاف المتعارف وشملته الاطلاقات لزم الحكم بترتب آثار الملكية من الأول لامن حين العقد ، والاجازة أيضاً كذلك فلازم تعلقه بالعقد السابق ترتب آثاره من حين حدوثه ، وذلك لأن مقتضى إطلاق قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » امضاء اعتبار المتعاملين من حين حدوثه ، وقد رفعنا اليد عن ذلك في مقدار من الزمان لحديث رفع الإكراه ، وبعد ارتفاعه وحصول الرضا يكون مقتضى إطلاق العام امضاء اعتبار المتعاملين المتحقق سابقاً . وهذا معني الكشف .

(١) الفسخ يقابله الإمضاء لا الإجازة ، وما يقابل الإجازة إنما هو الرد وان كان جميعها متعلقاً بالعقد السابق ، فلا وجه لقياس الإجازة وجعلها مقابلة للفسخ ، وذلك لأن الإجازة عبارة عن إمضاء العقد من حينه ، ويقابله رد العقد الذي هو عبارة عن فسخه من حينه - أي حدوثاً - وأما الفسخ في مقابل الإمضاء فهو عبارة عن حل العقد من حين الفسخ - أي بقاء لا حدوثاً - كما هو ظاهر أدلة الخيار في موارد ثبوته كخيار الحيوان والمجلس ونحوهما ، فكون الفسخ حل العقد بقاء ومن قبيل النقل لا يستلزم كون الإجازة إمضاء للعقد كذلك ، فالقياس مع الفارق .

شرطية اذن السيد

(٢) ذكروا من جملة شروط صحة العقد كون العاقد حراً ، فلو فرض كونه

عبدًا لم يصبح مالم يأذن مولاه ، فجعل العبد حد وسط بين الحروبين الصبي والمجنون فان الحر مستقل في تصرفاته ، والمجنون - وكذا الصبي على قول - ساقط انشاؤه مطلقاً حتى مع اذن الولي ؛ وأما العبد فهو وسط بينهما ، فليس كالحُر بحيث يستقل في تصرفاته وليس كالمجنون بحيث لا ينفذ تصرفه اصلاً حتى مع اذن الولي ، بل ينفذ تصرفه مع اذن المالك ولا ينفذ بدون اذنه . (واستدل) على ذلك بقوله تعالى « عبدًا مملوكًا لا يقدر على شيء » حيث وصف العبد بكونه غير قادر على شيء ، والمراد بالقدرة المنفية لانها هو استقلاله في التصرف لا اصل التصرف ، فان من لا يكون مستقلاً في تصرفه فهو ليس بقادر عليه .

ثم انه ليس المراد بالقدرة القدرة العقلية وبالشئ الأفعال الخارجية ، بداهة ان الرقية والحرية لا دخل لشيء منها في القدرة العقلية على الأمور الخارجية ، فن يقدر على الخياطة فهو قادر عليها تكويناً عبدًا كان أو حرًا ، فيحتمل أن يراد من القدرة القدرة الشرعية ، والتعبير عن المنع الشرعي بعدم القدرة متعارف ، فيكون المعنى أن العبد ممنوع عن كل شيء . وهذا أيضاً لا يمكن الإلتزام به ، بداهة عدم حرمة جميع الأفعال على العبد بدون اذن سيده حتى الأفعال الضرورية كالتنفس وتحريك اليد والرأس والعين والتكلم ونحو ذلك ، فلا بد وأن يراد بالقدرة القدرة الوضعية - اعني النفوذ - فيكون المراد من قوله « لا يقدر على شيء » نفي نفوذ تصرفاته .

(فيقع الكلام) في أن المنفي نفوذ تصرفه في خصوص نفسه وماله ، أو أعم منه ومن تصرفه في مال سيده ، أو أعم من ذلك ومن تصرفه فيما لا يرجع الى سيده كالوكالة في انشاء العقد عن غيره ؟ وجوه ، ظاهر المصنف هو الأخير ، وكأنه أرسله ارسال المسلمات وشرع في إجازة السيد وحكمها ، وتبعه في ذلك المحقق الثائني « ره » . إلا أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يكون المنفي نفوذ تصرف العبد في نفسه وفي ماله لوقلنا بأنه يملك - كما هو احد القولين في المسألة - نظير

قوله ره : وأما مع الإجازة للملاحقة فيحتمل (١)

قوله عليه السلام : « الناس مسلطون على أموالهم أو على انفسهم » .
ويؤكد كدها أن ذكر قوله تعالى « مملوكاً » في الآية ، مع أن العبد والمملوك مترادفان لابد وأن يكون لنكتة وليس قيداً توضيحياً كما ذكره الميرزا « قده » .
والنكتة في ذلك إنما هو عليه المملوكية للحكم ، وعليه فلا بد وأن يكون المنفي ما يكون المملوكية علة له ، وليس ذلك إلا نفوذ تصرفه في نفسه وماله ، فيصح أن يقال : لا يصبغ تصرفه في نفسه لأنه مملوك ، وأما التصرف في مال السيد فعدم نفوذه ليس معلولاً للمملوكية ، ولذا لا ينفذ تصرف الحر في مال غيره أيضاً ، وهكذا الوكالة عن الغير في إنشاء العقد ، ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورد اجمال المخصص — وهو إنشاء العبد للغير — الى العمومات والاطلاقات .

(وعليه) فلا بد من التفصيل بين وكالة العبد عن الغير في مجرد إنشاء الصيغة وتوكيله الغير والالتزام بالفساد في الثاني ، لأن العبد لم يكن له التصرف بنفسه فضلاً عن توكيله الغير . وبالصحة في الأول لعدم الدليل على توقف إنشاء العبد على اذن السيد كما ان الظاهر عدم كونه حراماً تكليفاً لعدم الدليل على حرمة التلفظ ونحوه من التصرفات الضرورية ، وعلى فرض حرمة تكليفاً فهي لا تدل على الفساد لعدم تعلقها بعنوان المعاملة .

(١) أما بناء على المختار من عدم توقف إنشاء العبد على اذن سيده لانصراف الآية عن مثله لمناسبة الحكم والموضوع أو لظهور أخذ المملوك في العلية ، وأما الروايتان (١) فعدم شمولهما لإنشاء المجرد ظاهر ، ولورودهما في تزويج العبد لنفسه وطلاقه زوجته ولو زوجه السيد ، وكلاهما من التصرف في نفس العبد ، وهذا

(١) (احدهما) : ما نقله الشيخ في صدر هذه المسألة وهو مذكور في الوسائل في الباب ٤٥ من ابواب الطلاق ج ١٥ من الوسائل المطبوعة أخيراً ص ٣٤٣ . —

اجنبى عن إنشائه الصيغة للغير ولذا يكون فاسداً . ولو كان المنشئ للصيغة غير المملوك - أي وكل غيره في انشاء العقد - بل لولا ماورد في ذيل الرواية من تطبيق الآية على ذلك لاقتصرنا فيها على خصوص نكاح العبد وطلاقه ولم ننتعد الى سائر تصرفاته في نفسه ، فلا مجال للبحث عن نفوذ إجازة السيد بعد ذلك وعدمه . (وأما) على مسلك المصنف فيقع الكلام في نفوذ انشاء المملوك اذا لحقه اجازة السيد وعدمه . وقد احتمل المصنف أولاً كلا الأمرين من عدم النفوذ ، لأن المنع ليس من جهة المنشئ وعدم رضا المالك به ، وإنما هو من جهة الإنشاء الصادر وما وقع لاينقلب عما وقع عليه ، اذ ليس له بقاء لينقلب عما وقع عليه بقاء .

- واليك نص الرواية :

محمد بن علي بن الحسين باسناده عن ابن أذينة ، عن زرارة ، عن أبي جعفر - وأبي عبد الله عليهما السلام قالا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده ، قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ، أفشيء الطلاق .

ثم ان اطلاق الرواية المذكورة معارضة بما ورد من تجوز طلاق العبد ان كانت زوجته حرة او من غير مولاه . وقد عقد في الوسائل باباً لذلك . منها ما رواه عن محمد بن يعقوب ، عن احمد ، عن ابن فضال ، عن مفضل بن صالح ، عن ليث المرادي ، قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ؟ فقال : ان كانت امتهك فلا ، إن الله عز وجل يقول : « عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء » وان كانت أمة قوم آخرين او حرة جاز طلاقه .

وظاهر هذه الرواية عدم المنافاة بين جواز طلاق العبد لزوجه ان كانت حرة او أمة لغير مولاه . وبين كونه مملوكاً لا يقدر على شيء .

(ثانيهما) : ما استعان به الشيخ « ره » ونقل بعض فقراته مؤيداً لكلامه في -

ثم قوى النفوذ ولحوق الإجازة ، لكون المعتبر هو الرضا الأعم من المقارن واللاحق . واستدل عليه بوجهين : أحدهما يرجع الى نفي المقتضى لاعتبار خصوص الاذن السابق ، والآخر يرجع الى وجود الدليل على عدم اعتباره :

(أما الوجه الأول) : فحاصله : ان مادل عليه المخصص انما هو نفي استقلال العبد في التصرف وعدم نفوذه في نفسه من دون ضمنية لامطلقا ولو لحقه إجازة السيد ، ولا أقل من الاجمال فيرجع في مورده - وهو لحوق الاجازة الى عموم دليل أوفوا بالعقود . (وأورد عليه) المحقق النائيني بعدم الاجمال في المخصص ، فان المأخوذ في الرواية عنوان الاذن ، حيث قال عليه السلام : « لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا باذن سيده » ، والاذن ظاهر في الاذن المقارن .

وفيه (أولا) : أن الظاهر أن المصنف ناظر في المخصص الى الآية لا الرواية لما عرفت من أن الرواية أجنبية عن انشاء العبد للغير وانما هي واردة في نكاح العبد لنفسه أو طلاقه زوجته ، فلا تعم الانشاء المجرد اصلا ، وليس في الآية عنوان الاذن ليدعي ظهوره في المقارن ، (وثانيا) لو تنزلنا عن ذلك فلم يظهر لنا ظهور

— المسألة المذكورة ايضاً . وقد ذكره في الوسائل في الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء ج ١٤ من الوسائل المطبوعة أخيراً . واليك نصه :

محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن ابن عمير ، عن عمر بن أذينة ، عن زرارة ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده إن شاء اجازه وإن شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله ، ان الحكم بن عيينه و ابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : إنه لم يعص الله ، وإنما عصي سيده ، فاذا أجاز فهو له جاز . ورواه الصدوق باسناده عن ابن بكير ، عن زرارة .

الاذن في المقارن ، بل كل من الاجازة والاذن يستعمل في الرضا السابق والمقارن واللاحق ، فاذا فرضنا ان احداً غصب دار غيره مدة وتصرف فيها ثم رضى به المالك يصح أن يقول « أجزت تصرفاته » أو يقول « أذنت فيها » .

(وبعبارة اخرى) قوله عليه السلام « لايجوز » في الرواية قرينة على أن المراد بالنكاح والطلاق إنما هو المنشأ لا الإنشاء فان المنشأ هو القابل للجواز وعدم الجواز لقابليته للبقاء دون الانشاء . وعليه فان المنشأ قد لا يكون مقرونا للاذن اصلاً وقد يكون مقرونا بالاذن السابق وربما يكون مقرونا بالاجازة اللاحقة ، فنفى الجواز عما ليس مقرونا بالاذن اصلاً وأثبتته للمقرون باذن سواء كان سابقاً أو لاحقاً . (وأما الوجه الثاني) الراجع الى وجود الدلائل علي نفي اعتبار خصوص الاذن السابق فقرره بوجهين :

(الأول) : ان الاذن في الرواية اعم من الاجازة اللاحقة ، لأنه ذكر فيها النكاح ، ولا اشكال في نفوذ نكاح العبد اذا لحقه اجازة سيده فيكون ذلك قرينه على ارادة الأعم من الاذن . (وأورد) عليه الميرزا بايراد متين ، وحاصله : ان كون النكاح في الرواية هو الأعم ، والا فلم لاينعكس الأمر ويقال : إن الطلاق المذكور في الرواية وعدم نفوذه بالإجازة اللاحقة اجماعي ، فيكون هذا قرينة على ان المراد من الاذن هو خصوص الاذن السابق ، فهذا الوجه غير تام .

وحاصل الكلام انه بناء على توقف مجرد إنشاء العبد على اذن السيد يقع الكلام في انه اذا أنشأ عن غيره بدون اذن سيده فأجازته السيد بعد ذلك هل يكون انشاؤه قابلاً للحقوق الرضا ام لا ؟ احتمل المصنف أولاً المنع من جهة عدم تعلق حق السيد بمضمون العقد - اعني المنشأ - ليكون قابلاً للاجازة ، لعدم كون العوضين متعلقاً لحقه ، وإنما تعلق حقه بمجرد الانشاء ، وليس هو قابلاً للاجازة لعدم البقاء فيه والاستمرار .

ثم قوى قابليته للحقوق الاجازة ، وأفاد في وجهه وجهين : (الأول) - وهو ما يرجع الى منع المقتضى عن اعتبار أزيد من الاذن في الجملة ، وحاصله : ان مقتضى عموم « أوفوا بالعقود » صحة انشاء العبد مطلقا ، خرج عنه بمقتضى قوله تعالى : « لا يقدر على شيء » الدال على نفي استقلال العبد في التصرف حتى الانشاء على الفرض واحتياجه الى السيد ما اذا لم يكن انشاؤه مقروناً بالرضا رأساً لاسبقاً ولا لاحقاً . وبما انه مجمل بالاضافة الى انشائه الملحق باجازة السيد يرجع فيه الى عموم العام ويحكم بصحته .

وهذا الوجه وإن كان تاماً من حيث الحكم الفرعي الا انه ليس جواباً عن الاشكال ، فالمصنف « قده » وإن بين الحكم الفقهي الا انه لم يجب عن الاشكال - أعني انشاء العبد قابلاً للاجازة - فنقول في حله : ان الانشاء ليس الا ابرازاً للإعتبار ، ولا يترتب عليه بما هو انشاء أثر أصلاً ، وانما الأثر مترتب على المنشأ - أعني مضمون العقد - والاعتبار النفساني لكن لا مطلقاً بل بما انه برز ، فنفس الانشاء حيث لا يترتب عليه الأثر لا معنى للحقوق الاجازة به ، بل لابد وأن يلحق الاجازة بمضمون العقد . (وتوهم) كونه متعلقاً لحق مالك العبد لعدم كونه مالكا للعوضين ، ممنوع ، فان تعلق الحق بمضمون العقد لا ينحصر بما اذا كان ذا الحق مالكا لأحد عوضين ، بل يثبت الحق للمالك العبد متعلقاً بمضمون العقد الذي انشأه مملوكه من حيث كونه برزه مملوكه .

(وبعبارة اخرى) ما اعتبره العبد في مقام الانشاء هو متعلق لحق مالكة ويتعلق به الاجازة ، وهو امر له البقاء والاستمرار ويؤكدده استناد الجواز وعدمه في الرويتين الى نفس الطلاق والنكاح ، وقوله عليه السلام « أفشيء الطلاق » وهو ظاهر في حقيقة العقد أو الايقاع الخاص ولم يسند شيء من ذلك الى الانشاء ، فالاشكال مندفع من أصله . ونظير اعتبار اجازة العمة والخالة في تزوج ابن أخيها

أو ابن اختها ، فانها تتعلق بمضمون العقد وواقع الزوجية لا بالانشاء السابق ، ولذا صححنا فيها الاجازة اللاحقة ولم نعتبر في صحته الاذن السابق منها .

(وأما الجواب الثاني) الذي ذكره المصنف الرافع الى اقامة الدليل على كفاية الاجازة المتأخرة فقد عرفت أنه « قد » قر به بوجهين : (أما الوجه الأول) فقد تقدم الكلام فيه فلا نعيده (وأما الوجه الثاني) فهو التمسك بالروايات الواردة في تزويج العبد لنفسه من وجهين : احدهما قوله عليه السلام فيها « فاذا أجاز جاز » ومقتضاه صحة تزويج العبد لنفسه ولو كان هو المنشئ للعقد .

(وبعبارة اخرى) تزويج العبد لنفسه غير نافذ لأنه تصرف في مملوك المولى ولو كان المنشئ للعقد شخصاً آخر ، وانشاؤه للعقد غير نافذ ولو كان التزويج لشخص آخر ، وقد اجتمع كلتا الجهتين في مورد الرواية فحكم فيها بالصحة اذا لحقت الاجازة ، فيستفاد منها لحوق الاجازة بانشاء العبد أيضاً .

(وبيان ثالث) كل من تصرف العبد في نفسه وانشاؤه العقد ممنوع عنه وضعاً ، واجتماعاً في تزويج العبد لنفسه . ففيه جهتان لعدم النفوذ ومع ذلك حكم الامام عليه السلام بصحته اذا لحقته الاجازة ، فاذا لم يكن في البين الجهة واحدة - بأن انشأ العبد النكاح لغيره - كان أولى بالصحة اذا لحقته اجازة المالك .

وقد أورد عليه الميرزا بما حاصله : « ان لحوق الاجازة بانشاء العبد بنحو المعنى الحرفي ، أي تبعاً لاجازة مضمون العقد لا يستلزم لحوقها اليه بنحو المعنى الاسمي - أي مستقلاً - (وفيه) أنا لم نفهم المراد من المعنى الحرفي والاسمي في المقام ، فان الانشاء معنى حرفي دائماً ، غاية الأمر في مورد الرواية يكون ايجازته بالدلالة الالتزامية . فان اجازة التزويج يستلزم اجازة الانشاء أيضاً ، وفي غيره يكون لحوق الاجازة به بالمطابقة ، فاذا كان قابلاً للحقوق الاجازة لا يفرق فيه بين كونه بالمطابقة فاذا كان قابلاً للحقوق الاخازة لا يفرق فيه بين كونه بالمطابقة أو بالالتزام ، الا أن

اصل استدلال المصنف بترك الاستفصال فاسد ، وذلك لأنه عليه السلام قال : « اذا أجاز جاز » ، وتختص الاجازة بما يكون قابلاً ، فاذا فرضنا عدم قابلية تزويج العبد لنفسه اذا كان بانثائه للحقوق الاجازة لايعمه اطلاق الرواية ويختص بالصورة الأخرى - أعنى ما اذا كان تزويجه لنفسه بانشاء غيره - .

(وبعبارة أخرى) لو ورد نص بالخصوص على لحوق الاجازة بتزويج العبد فيما اذا كان هو المنشئ لرفعنا اليد عن الاشكال بسبب التعبد ، وأما اذا لم يكن في البين لإطلاق متوقف على جريان مقدمات الحكمة فنفس ما بنينا عليه من استحالة لحوق الإجازة بالإنشاء كاف في عدم تمامية المقدمات ، فلا يتحقق الإطلاق .

(التقريب الثاني) تمسكه بذيل بعض الروايات ، وهو قوله عليه السلام : « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده » فانه علبه السلام في مقام تعليم الإستدلال والرد على بعض العامة القائل بفساد انشاء العبد بعد لحوق الإجازة كابراهيم النخعي بين كبرى كلية ، وهي ان المنع إن كان من جهة عصيان من لا يبدل عصيانه بالرضا لإستحالة البداء في حقه - كما في المحرمات الذاتية كالتزويج بالمحارم أو في العدة - لا يصح الإجازة ، وأما ان كان من جهة عصيان من يمكن البداء في حقه وبدله بالرضا - كما في عصيان المولى العرفي فان الإنسان كثيراً ما لا يرضى بشيء ثم يبدو له فيرضى به ويراها صلاحاً لنفسه - فيصح بلحوق الاجازة ، وهذه الكبرى الكلية تنطبق على انشاء العبد عن غيره ، فانه ليس من المحرمات الذاتية بل المنع عنه انما هو من جهة عصيان السيد فيرتفع اذا تبدل بالرضا .

ويرد على هذا التقريب الايراد المتقدم والجواب المتقدم كما يرد الاستدلال ما ذكرناه من اختصاص ذلك بما هو قابل للإنتقال والتبدل ، فاذا فرضنا ان الانشاء يوجد وينعدم ولابقاء له ويستحيل تبدل العصيان فيه بالرضا فلا محالة يكون خارجاً عن هذه الكبرى . (فتحصل) من جميع ما ذكرنا ان انشاء العبد لا يتوقف على اذن

السيد أصلاً ، وعلى تقدير توقفه عليه فينفذ بلحوق الاجازة ، والإشكال يندفع بأنها تتعلق بمضمون العقد - أعنى ماأنشأه العبد - لا بنفس الإنشاء بما هو ، وهو أمر مستمر قابل لذلك .

(فذلكة البحث) ونتيجة ماتقدم بنحو الإجمال هو أن دليل المنع عن تصرف العبد بدون اذن سيده امران :

(احدهما) : الآية المباركة ، وهي قوله تعالى : « لايقدر على شيء » ولا يصح أن يراد به نفي القدرة تكليفاً ، بداهة جواز كثير من أفعاله اليسيرة الضرورية وعدم توقفه على اذن سيده ، فلا بد وأن يراد به نفي القدرة الوضعية - أي النفوذ - وحينئذ ينحصر موردها بما يكون قابلاً للنفوذ وعدمه ، فلا يعم انشاؤه للغير ، فان الإنشاء بما انه انشاء لا يترتب عليه الأثر ليكون قابلاً للنفوذ . كما ان مقتضى اخذ عنوان المملوك في الآية اختصاصها بما يكون رفع الأثر عنه معلولاً للمملوكية فلا يعم تصرفه في أموال مولاه ، فيخرج وكالته في الإنشاء من الغير عن مورد الآية لكون المراد من نفي القدرة القدرة الوضعية بمعنى النفوذ ، كما ان تصرفه في اموال المولى يخرج عن الآية ، لظهور اخذ المملوك في العلية . وهذا مراد المصنف من اجمال المخصص والرجوع الى العمومات .

(ثانيهما) : قوله عليه السلام : « المملوك لايجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده » - الحديث . وظاهر النكاح والطلاق هو نكاح العبد لنفسه وطلاقاً لنفسه ، وهو تصرف في نفس العبد ولا ربط له بانشاءه للغير ، وعلى فرض التنزل وشمول ذلك لإنشاءها - ولو للغير - وظهور الإذن في الإذن السابق لا بد من رفع اليد عنه ، لا لما ذكره المصنف من قرينة ما دل على لحوق الاجازة بنكاح العبد بدون اذن مولاه على أن المراد بالإذن في الرواية أعم من السابق واللاحق ، بل لحكومة قوله عليه السلام « انه لم يعص الله بل عصي سيده فاذا أجاز جاز » . وعليه فان هذه الكبرى

قوله قده : لو أمر العبد أمر أن يشتري (١)

الكلية ناظرة الى نكاح العبد بدون اذن السيد سابقاً ، وقد حكم فيها بقابليته للحقوق الإجازة اذا لم يكن عصبياً له تعالى غير قابل لتبدله بالرضا ، ولولم يكن لإجاء على عدم حقوق الإجازة بالايقاعات لقلنا بصحة طلاقه ايضاً بالإجازة اللاحقة ، فلا داييل على اعتبار خصوص الإذن السابق في صحة انشاء العبد أصلاً .

(ثم) كان المناسب أن يتعرض المصنف لبيان أن اجازة السيد تكون كاشفة أو ناقلة ، فنقول : أما لو قلنا بالكشف الحكمي على القاعدة وانه مقتضى تعلق الإجازة بالعقد السابق فنقول به في المقام ايضاً ، وأما لو قلنا بالكشف الحقيقي وأن المعتبر في صحة العقد تعقبه بالرضا والإجازة . فحيث انه على خلاف القاعدة فلا بد من القول بالنقل في المقام ، لأصالة عدم حصول الأثر الى زمان تحقق الإجازة .

(١) حاصل هذا الفرع : انه لو أمر العبد امر بشراء نفسه من مولاه أو بغير الشراء من بقية العقود ففعل فهل يصح ذلك ام لا ؟ حكى المصنف بعد ما قوى الصحة البطلان عن القاضي ، وقد استدل عليه بوجهين :

(الأول) استلزامه اتحاد الموجب والقابل ، لأن العبد بمنزلة المالك . (وفيه) أنه اولاً لم نعثر على ما يدل على اعتبار تعدد الموجب والقابل ، فلا مانع من كون شخص واحد وكيلاً عن البايع والمشتري ، فأوجب العقد وقبله . وثانياً لا اشكال في أن العبد شخص مغاير للمالك ، فهما شخصان لاشخص واحد ، ولا معنى لكونه بمنزلة المالك .

(الثاني) انه يعتبر في صحة العقد وجدان كل من الموجب والقابل لشرائط العقد من آن الشروع في العقد الى حين انتهائه ، ومن الواضح أن العبد ليس واجداً لشرط وهو اذن السيد حين تحقق الإيجاب ، فان الإذن في الانشاء انما يحصل له بالايجاب بالدلالة الالتزامية ، فحين الإيجاب ليس قابلاً للقبول . (وفيه) أولاً انا

قوله قده : ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين (١)

لانسلم اعتبار ذلك كإمارة في شرائط المتعاقدين وسيأتي إنشاء الله تعالى ، وعلى فرض التسليم إنما نسلم اعتبار البقاء في الشرائط التي تكون دخيلة في صحة مجموع العقد لا في خصوص الموجب أو القابل كبقاء المال في ملك الموجب مثلاً ، فإذا فرضنا - بعد الإيجاب وقبل القبول - خروج المال عن ملك الموجب ببيع وكيله المال لشخص آخر يبطل بيع المالك ، وأما ما يعتبر في الموجب أو القابل فأنما يعتبر فيه مادام موجباً أو قابلاً لأقبله ولا بعده . مثلاً : إذا جن الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو أغرم عليه صحح البيع بعد لحوق القبول إلى الإيجاب ، وهكذا لا يعتبر أن يكون القابل واجداً لما يعتبر في القبول إلا حين القبول لاسبقاً عليه ومن حين الإيجاب ومن الظاهر أن العبد يكون واجداً لشرط القبول حين إنشائه ولو لم يكن واجداً له حين الإيجاب . ثم على فرض النزول أيضاً لوجه للبطلان ، بل يصح لحوق الإجازة كما عرفت ، اللهم إلا أن يراد بالبطلان هذا المعنى .

هذا كله إذا أمر بالشراء من المالك ، وأما إذا أمره بالشراء من وكيل المالك فإن كان الوكيل مفوضاً - حتى في إذن العبد في شراء نفسه - فعليه حال المالك يجري فيه ما ذكرناه ، وأما إذا كان وكيلاً في خصوص البيع فلا محالة يكون لإنشاء العبد للقبول بدون إذن المالك فيتوقف على إجازة المالك .

اشتراط كون المتعاقدين

مالكين أو مأذونين

(١) تارة يكون العقد صادراً من المالك - أي من له السلطنة على العقد ، سواء كان مالكاً أو مأذوناً ، وهذا لا إشكال في صحته من هذه الجهة . وأخرى

يكون صادراً من غير المالك من دون أن يلحقه الاجازة لاحقاً ، وهذا لا اشكال في فساده . وهناك وسط بينهما بأن يكون العقد صادراً من غير المالك الا أنه يلحقه الاجازة ، وهذا هو مورد البحث في هذه المسألة .

ثم ان المصنف تعرض قبل الشروع في البحث لبيان أمرين (احدهما) دخول الايقاعات في كل البحث ، أعني جريان الفضيولي في الايقاعات وصحتها بلحوق الاجازة وعدمه . (ثانيهما) ان عقد الفضيولي اذا كان مقروناً برضا المالك من دون مبرز - سواء علم به العاقد من الخارج أو لم يعلم به - يكون خارجاً عن الفضيولي ولا يحتاج الى الاجازة ، بحيث يجب على المالك بينه وبين الله اذا كان راضياً بالعقد حين تحققه تنفيذه أو يحتاج الى الاجازة أيضاً .

(أما الأمر الأول) فدخول الايقاعات في الفضيولي مبني على كون صحة عقد الفضيولي على القاعدة وعدمه . فان قلنا بأن صحته على القاعدة بمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » وهي العهود كما هو الصحيح فلا محالة لا بد وأن يكون اخراج الايقاعات عنها بالدليل ، ولم يقد دليل على ذلك سوى الاجماع المنقول في غاية المرام على بطلان الفضيولي في الايقاعات . (وفيه) أنه قد ذكرنا في محله عدم حجية نقل الاجماع خصوصاً اذا لم يكن متكرراً ، فان الظاهر أن ناقل الاجماع في المقام منحصر بغاية المرام فانه موهن لصحة النقل ، وعلى فرض حصول الاتفاق فالظاهر أن مورد خصوص العتق والطلاق ، فلا يعم سائر الايقاعات كالإبراء ونحوه . مضافاً الى احتمال استنادهم الى ماورد في الطلاق من قوله عليه السلام « الطلاق بيد من أخذ بالساق » وقوله عليه السلام في العتق « لا عتق إلا في الملك » ولادلالة لشيء من ذلك على اعتبار الاذن السابق ، فانه نظير ماورد في البيع من انه « لا بيع الا في ملك » .

(وبالجمله) فبناء على صحة الفضيولي على القاعدة الظاهر صحة الايقاع

الفضولي ايضاً حتي الطلاق والعتق ، وأما بناء على كون صحته على خلاف القاعدة بمقتضى النص فالإيقاعات - وان كانت خارجة لعدم ورود نص فيها - الا أن لازم ذلك عدم صحة الفضولي في جملة من العقود ايضاً كالهبة والاجارة ، لاختصاص النص بالنكاح والبيع ، فالتعدي لاوجه له .

(وأما الجهة الثانية) : فظاهر المصنف صحة العقد الفضولي اذا كان مقترناً مع رضا المالك وطيب نفسه وعدم احتياجه الى حقوق الإجازة ، واستدل عليه بوجوه : (الأول) عموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » . (الثاني) قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » . (الثالث) قوله عليه السلام « لا يحل مالى امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » فان الرضا وطيب النفس موجود على الفرض . (الرابع) رواية عروة البارقي ، فان انشاء العقد على مال الغير بدون اذنه وإن لم يكن ممنوعاً منه الا أن قبضه وإقباضه لا يحل بدون الرضا المقارن والا فيكون حراماً ، وتقريره صلى الله عليه واله وسلم لفعل عروة يدل على كفاية الرضا المقارن . (الخامس) ماورد في نكاح العبد وسكوت مولاه (١) وهكذا ماورد في سكوت البكر وانه

(١) عقد في الوسائل بابا لهذه المسألة ص ٥٢٥ ، الباب ٢٦ من أبواب نكاح

العبيد والاماء ، ج ١٤ طبع الحديث نقل فيها ثلاثة أحاديث واليك بعضها :

« محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن علي بن الحكم عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل الى أبي عبد الله عليه السلام فقال : إني كنت مملوكاً لقوم ، وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ثم أعتقوني بعد ذلك ، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت ؟ فقال له : أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟ فقال : نعم وسكتوا عني ولم يغيروا عليّ قال : فقال : سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم . اثبت على نكاحك الأول » .

رضا منها (٢) .

ثم انه « قد » ذكر انه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً مع العلم برضا السيد ولو لم يأذن له ، ولكن الميرزا ناقش في كفاية الرضا المقارن مطلقاً ، وأصر في الإنكار على المصنف (ونقول) الصحيح هو التفصيل ، بين ما اذا كان العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه مع قطع النظر عن الرضا والإجازة وما إذا كان استناده اليه غير ثابت وأريد اثباته بالرضا المقارن فيكفي الرضا وطيب النفس في الأول دون الثاني : أما عدم الكفاية في الثاني فلفساد استدلال المصنف بالوجوه المتقدمة :

(أما الوجه الأول) فيرده ما ذكرناه من أنه خطاب الى العاقلين ، ولا يكون العقد عقد المالك ولا يستند اليه بمجرد رضاه ما لم يجره لاحقاً أو يأذن فيه سابقاً .
(وأما الوجه الثاني) فكذلك يردّه أن التجارة والتكسب لا يصدق الا بعد الإذن ، ولا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره انه اتجراو تكسب .
وبهذا يظهر الجواب عن الاستدلال بقوله تعالى : « أحل الله البيع » لو استدل به أحد ، فان موضوعه أيضاً هو البيع المستند الى المالك ،

وأما حديث « لا يحل » وتخيل بعض المحشين أنه آية توهماً من عطف المصنف فزعم انه معطوف على قوله تعالى « تجارة عن تراض » وهو ظاهر الفساد ، ففيه : ان الحل أو أريد به الحل التكليفي فهو خارج عن محل الكلام ، لأنه ليس بحثنا في جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفاً برضاه أو بدونه فانه أمر واضح ، وان أريد به الأعم - كما هو الظاهر لأن الحل بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل

(٢) ذكر في الوسائل في الباب ٥ من أبواب أولياء عقد النكاح ، ص ٢٠٦ من ج ١٤ روايات ثلاث دلت على كفاية سكوت البكر على نحو يظهر منه عدم الكراهة في استئذنها . واليك بعضها :

السد - فيرد عليه ما ذكرناه في بعض مباحث الاصول ، وعلى الظاهر كان في أواخر باب النواهي رداً على أبي حنيفة ، حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام « لا صلاة الا بطهور » و « لا صلاة الا بفاتحة الكتاب » وقلنا انه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً كقوله « جاء القوم الا زيداً » ليدل على الحصر ، وانما هي صورة استثناء . وفي الحقيقة اشارة الى الشرطية أو الجزئية .

(وبعبارة اخرى) لسان هذه التراكيب لبيان النفي - اي نفي الصحة - عند فقدان القيد لا الالبات ، أعني كفايته في الصحة وكونه علة تامة لها ، فعنى قوله عليه السلام « لا صلاة الا بفاتحة الكتاب » اعتبارها فيها ، لا ان حقيقة الصلاة هي القراءة او الطهور ليدل على الحصر ، والنبوي أيضاً من هذا القبيل ليس فيه دلالة على الحصر ، بل غاية مفاده اعتبار طيب النفس في الحل ، وأما كون الحل به فقط فلا يستفاد منه فلا ينافيه اعتبار الاستئذان بدليل .

وأما رواية عروة فيحتمل أن تكون أجنبية عن الفضولي رأساً وكونه وكيلاً مفوضاً من قبل النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأنها واردة في قضية شخصية ، وثانياً ما يستفاد منها انما هو كفاية الرضا في التصرفات الخارجية من القبض والاقباض ، ولا اشكال في كفاية الرضا الباطني فيها ، وانما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتبارية ولا دلالة فيها على ذلك .

(وأما ما تمسك به - قده) مما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه ، وهكذا ماورد في سكوت الباكرة (فقيه) أما سكوت الباكرة فلا يبعد

— « محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن أحمد بن محمد ، عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام : في المرأة البكر إذنها صماتها ، والثيب أمرها اليها » .

قوله قده : مع أن كلمات الأصحاب (١)
قوله قده : لو سلم كونه فضولياً (٢)

أن يكون كاشفاً عرفياً عن الرضا ، فانها لعفتها تحجل عن التصريح فتسكت والا فن ابن يستكشف رضاها ، وعليه فلا ربط له بالمقام ، وأما سكوت المولى فيمكن أيضاً كونه كاشفاً عرفياً ويكون إذناً منه ، ومع التنزل لابد من الاقتصار على مورد الرواية وما يكون من قبيله ، أي العقود التي يكون الاستناد فيها متحققاً مع قطع النظر عن الرضا ، كالتزويج بينت اخ الزوجة أو بينت اختها ، فان استناد العقد الى الزوج موجود ، وانما اعتبر فيه رضا العمة أو الخالة ، فيكني طيب نفسها ولو لم يكن مبرزاً ، وهكذا يبيع الغير المرهونة ، ولا يتعدى عن ذلك الى العقد الفاسد للاستناد كبيع الفضولي المقرون بطيب نفس المالك ، فعليه لابد من التفصيل بين القسمين كما ذكرناه ، ولا وجه لما ذكره الميرزا « ره » من اعتبار الاذن او الإجازة في كلا القسمين .

(١) تمسك - قدس سره - بكلمات بعض العلماء ، واستظهر منها كفاية الرضا المقارن في صحة العقد ، كقولهم في الاستدلال على صحة الفضولي اذا لحقه الرضا : ان الشرائط كلها حاصلة الا رضا المالك ، وان السكوت لا يكتفي في الإجازة لأنه اعم من الرضا . (وفيه) أولاً لا يبعد أن يكون مرادهم خصوص الرضا المبرز . فانهم ذكروا من جملة شروط العقد الاختيار ، والظاهر أن مرادهم بالرضا في المقام هو الاختيار الذي اعتبروه ، وهو عبارة عن الرضا المبرز . وثانياً ليس كلماتهم آية ولا رواية لتكون حجة يتمسك بها .

(٢) ذكر انه ولو سلم كون عقد الفضولي المقارن لرضا المالك داخلاً في الفضولي موضوعاً إلا أنه ليس كل فضولي متوقفاً على الإجازة ، لعدم ثبوت دليل مطلق في المقام ، كما احتمل عدم التوقف على الإجازة فيمن باع ملك غيره ثم ملكه

قوله قده : مع انه يمكن الاكتفاء (١)

(وفيه) انه ان دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد فالعقد المقرون به لا يكون فضولياً ، والا فلا بد من الإجازة اللاحقة .

(وبعبارة اخرى) إن قلنا بتحقيق الإمتداد بمجرد الرضا وشمول عموم « أوفوا بالعقود » للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضولياً والّا فلا بد من الإجازة ، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطة بين الحدين .

(١) الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آناً مافي الإجازة لامعنى له ، لأنه لو كان مبرزاً يكفي بتحقيقه مقارناً للعقد ، والا فلا يكفي بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكفي بالمقارن منه .

(ثم انه) قد يستدل على صحة العقد المقرون برضا المالك بما ورد من قوله عليه السلام في الضيعة « لاتشرها الا من مالکها أو بأمر منه أو برضاه » حيث قرن الرضا بأمر المالك . وقد ورد هذا المضمون في روايتين (١) احدهما لا بأس بها من حيث السند ، والظاهر أن المصنف ذكرها في بيع الأراضي الخراجية .

وكيف كان يرد عليه (أولاً) انه لا يبعد ان يراد به الرضا المبرز لا مطلقاً ، وعلى فرض التنزل تكون نظير قوله عليه السلام « لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه » وقد ذكر أن لسانه النفي دون الاثبات ، ولا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك ، كما لا يستفاد منه الإكتفاء بمجرد امره او كون الشراء من المالك وعدم اعتبار بقية الشرائط ، وهذا واضح .

(١) وقد ذكرهما في الوسائل في باب ١ من أبواب عقد البيع ص ٢٤٨ من

الجزء ١٤ المطبوعة أخيراً . واليك نصهما :

« محمد بن الحسن ، عن الحسن بن محبوب ، عن العلاء ، عن محمد بن مسلم ،

عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : سأله رجل من أهل النبل عن أرض -

قوله قده : ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك (١)

(١) ذكر أن البحث عن الفضولي يقع في مسائل ثلاث : « الأولى » ان يبيع من لا يملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه . « الثانية » أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه . « الثالثة » أن يبيع لغير المالك إما لنفسه وإما لشخص ثالث .

ومن الظاهر أن المسألة الأولى تكون أساساً للمسألتين الأخيرتين ، فانه لو قلنا بالفساد في المسألة الأولى من جهة عدم حدوث البيع مستنداً الى المالك فلا بد من القول بالفساد في الثانية والثالثة أيضاً . لأن تلك الجهة جهة مشتركة بين المسائل

- اشتراها بقم النيل ، وأهل الأرض يقولون هي أرضهم ، وأهل الاسنان يقولون هي من أرضنا ، فقال : لا تشتريها الا برضا اهلها .

ورواه الكليني ، عن عدة من اصحابنا ، عن سهل بن زياد وأحمد بن محمد ، عن ابن محبوب .

« أحمد بن علي بن أبي طالب الطبرسي في (كتاب الإحتجاج) عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري أنه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام : أن بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بمنح ضيعه خراب للسلطان فيها حصه واكرته ربما زرعوا وتنازعوا في حدودها ، وتؤذيهم عمال السلطان ، وتعرض في الكل من غلات ضيعة ، وليس لها قيمة لخرابها ، وانما هي باثرة منذ عشرين سنة ، وهو يتخرج من شرائها لأنه يقال : ان هذه الحصه من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقت قديماً للسلطان ، فان جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا - او صوابا - وصلاً له وعمارة لضيعة ، وانه يزرع هذه الحصه من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامره ، وينحسم عن طمع اولياء السلطان ، وان لم يحز ذلك عمل بما تأمره به انشاء الله . فأجابه : الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها او بأمره او رضى منه » .

الثلاث ، فالمسألةتان الأخيرتان مشتملتان على تلك الجهة مع شيء زائد ، وهو سبق منع المالك في الثانية ووقوع البيع لغير المالك في الثالثة ، فإذا أوجب ذلك فساد البيع في الأولى لأوجبه فيها أيضاً (وأما لو قلنا) بصحة البيع في المسألة الأولى لعدم استلزام عدم استناد البيع حدوثاً الى المالك الفساد فيكون للبحث عن المسألتين الأخيرتين مجال ، فيبحث عن أن سبق المنع من المالك يوجب الفساد أم لا ؟ وعن أن وقوع البيع عن غير المالك الذي هو مناف لمقتضى العقد يوجب الفساد أم لا ؟

بيع الفضولي للمالك

(أما المسألة الأولى) فهي المتيقن من مورد الحكم بصحة الفضولي كما ذكره المصنف « ره » والمشهور بين القدماء فيها هو الصحة ، وقد خالف فيها بعض المتأخرين كالأردبيلي والسيد الداماد ، ويدل على صحته عموم قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » وإطلاق قوله تعالى « أحل الله البيع » ، فإنا ذكرنا في الخطاب فيهما الى المالك لا الى غيرهم ، فلا بد وأن يكون البيع مستنداً الى المالك ليعمه العموم او الاطلاق ، الا انه لا يختص بما اذا كان العقد مستنداً الى المالك حدوثاً ، بل يعم ما اذا كان مستنداً اليه ولو بقاء . ومن الظاهر أن التصرفات الاعتبارية ليست كالأفعال الخارجية التي لا تستند الى غير الفاعل بالاذن ولا بالإجازة كالأكل أو الشرب ، فانه لا يكون اكل الأذن لاذنه فيه ، بل هي قابلة للإستناد الى المالك إما حدوثاً كما في عقد الوكيل وإما بقاء كما في العقد الفضولي اذا لحقه إجازة المالك ، فانه أمر له استمرار وبقاء قابل للحقوق الإجازة به ، فيكون بقاء عقد المالك ، فيعمه العموم والإطلاق .

والظاهر أن هذا مراد المصنف من قوله « وهو مدفوع بالأصل » أي الأصل اللفظي ، أعني أصالة العموم أو أصالة الإطلاق لا الأصل العملي ، اذ ليس في المقام

قوله قده : بقضية عروة البارقي (١)

اصل عملي يقتضي نفي اعتبار مقارنة الإذن للعقد ، بل الأصل العملي يقتضي الفساد (وبالجمله) فنفس العموم أو الإطلاق كاف في صحة العقد الفضولي اذا لحقه الإجازة من دون حاجة الى التمسك بدليل خاص .

(١) استدل على صحة الفضولي بروايتين : (احدهما) : رواية عروة البارقي ، فان بيعه كان فضولياً بلا اشكال كما افاد المصنف ، ويحتمل كون شرائه أيضاً فضولياً ، فان ما اذن النبي صلى الله عليه واله في شرائه إنما كان شراء شاة واحدة لا شاتين ، فشرائهما يكون فضولياً لا محالة .

وقد أجيب عنه بأن المأذون فيه إنما كان شراء طبيعي الشاة لا خصوص الواحدة كما ذكره السيد في حاشيته ، ولكن الظاهر أن المأذون فيه إنما كان الشاة الواحدة للأضحية لاجنس الشاة ، الا انه مع ذلك لم يكن الشراء فضولياً ، لأن شراء الشاة الواحدة بدينار كانت مأذوناً فيها - بالمطابقة وشراء الشاتين بدينار بالالتزام أو بالأولوية - فتأمل . فالشراء لم يكن فضولياً .

وقد ذكر المصنف أن الاستدلال بهامبني على أن يكون العقد المقرون برضا المالك داخلاً في الفضولي ، لأن ظاهر تقرير النبي صلى الله عليه واله أن قبض عروة وإقباضه لم يكن حراماً ، فلا بد لإماتن الإلتزام باقتران الشراء والقبض والإقباض برضا المالك أو القول بمجواز التصرف في البيع الفضولي اذا علم عروة بلحوق الإجازة أو علم برضا النبي باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن وكون دفع الثمن من المشتري على نحو استيجان البيائع . ثم اختار أن الظاهر هو الأول ، فيكون الاستدلال بهامبني على ما ذكره .

(ونقول) يرد على الاستدلال بهذه الرواية :

(أولاً) انها ضعيفة السند لأنها عامية مروية من طرقهم ولم يعلم استناد الأصحاب اليها ، فانهم - وإن ذكروها في مقام الاستدلال على صحة عقد الفضولي

من الشيخ ومن تأخر عنه - الا أن اعتمادهم عليها في مقام العمل والفتوى غير ثابت لأنهم ذكروها في جملة الأدلة ، وكثيراً ما تذكر رواية عامية في ضمن الأدلة للتأييد ونحوه من غير اعتماد عليها .

(وثانياً) انها قضية خارجية ، ومن المحتمل أن عروة كان وكيلاً مفوضاً من قبل النبي صلى عليه واله ففعله خارج عن الفضولي .

(ثانیتهما) صحیحة محمد بن قیس عن ابی جعفر الباقر علیه السلام قال : « قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی ولیدة باعها ابن سیدها وابوها غائب فاستولدها الذی اشتراها فولدت منه فجاء سیدها فخاصم سیدها الآخر فقال : ولیدتی باعها ابني بغیر اذنی . فقال علیه السلام : الحکم أن تأخذ ولیدته وابنها . فنأشده الذی اشتراه فقال له : خذ ابنه الذی باعک الولیدة حتی ینفذ البیع لك . فلما رآه ابوه قال له : ارسل ابني . قال : لا والله لا ارسل ابنک حتی ترسل ابني . فلما رأى ذلك سید الولیدة أجاز البیع » .

وقد استدلل بها علی صحة الفضولي بالإجازة ، وهي من حیث السند صحیحة لا بأس بها ، وإنما الکلام فی دلالتها ، فانه ربما یقال : انها غیر معمول بها فی موردها - وهو الاجازة بعد الرد - فانها فاسدة إجماعاً فلا بد من رد علمها الى أهلها . والشاهد علی الرد فیها امور ثلاثة : (الأول) اخذ الولیدة وابنها ، بل وحکمه علیه السلام به علی نحو الاطلاق ، فانه ظاهر فی رد البیع عرفاً (الثاني) مخاصمته الى امیر المؤمنین علیه السلام ، ولامعنی له لولا الرد (الثالث) مناشدة المشتري له علیه السلام ، فانه أيضاً ظاهر فی رد البائع وان المشتري طلب من الإمام علیه السلام علاجاً لرده .

(ولكن الظاهر) عدم الدلالة فی شیء منها علی الرد ، لأن الرد إنما هو بمعنی حل العقد ، وهو غیر الکراهة ، ولا بد له من مبرز ، وليس اخذ الولیدة وابنها مبرزاً لحل العقد ، بل هو أعم منه ، فانها مالم یتحقق الإجازة تكون باقية فی ملک

المالك الأول ، فله أن يأخذ ماله حتى يتأمل في الرد والإجازة ، فان رد فهو وإن اجاز يرد المال الى المشتري ، واطلاق حكمه عليه السلام بالأخذ تكون من هذه الجهة. وهكذا الخاصة فانها إنما كانت من جهة بقاء المال على ملك المالك الأول فأراد استنقاذها من المشتري حتى يتأمل في ان صلاحه في الرد أو في الإجازة . وأما مناشدة المشتري للإمام عليه السلام فيمكن أن يكون من جهة علاج عدم الإجازة لا الرد ، فسأل الامام أن يعلمه طريقاً لأن ينتهي الأمر الى اجازة المالك ، فإذا ليس مورد الرواية الاجازة بعد الرد .

(والحاصل) ان الصحيحة ليس فيها أدنى ظهور في أن الاجازة بعد الرد ، وذلك لأن الرد ليس مجرد عدم الرضا وإنما هو بمعنى حل العقد نظير الفسخ ، فلا بد فيها من مبرز إما لفظ صريح او فعل يكون لازماً مساوياً للرد ، كما ان الفسخ بالفعل أيضاً لا يكون الا بفعل مساوٍ له . مثلاً : اذا باع المالك لنفسه في المجلس ماله لشخص آخر ثانياً فانه لازم مساوٍ لفسخ البيع الأول ، وهكذا إذا وطئ الأمة التي باعها في زمان الخيار فانه مساوٍ للفسخ فيكون فسخاً ، وهكذا في الرجوع فان النظر الى المطلقة بما لا يجوز النظر اليها لغير الزوج أو وطئها يكون لازماً مساوياً للرجوع فيدل عليه بالالتزام .

وأما اذا لم يكن الفعل لازماً مساوياً لذلك فلا يكون مصداقاً له ، وفي الصحيحة ليس شيئاً من الأفعال الثلاثة لازماً مساوياً للرد بل كلها لازم أعم له ، فانها لازم لعدم الرضا ، فليس فيها دلالة التزامية على الرد . أما الأخذ فلأنه يمكن أن يكون من جهة عدم رضائه بالبيع ، وكون الوليدة باقية في ملكه ولا يرضى ببقائها تحت يد الأجنبية ، وهكذا الخاصة . وأما مناشدة المشتري فيحتمل أن يكون طلباً لعلاج عدم رضاء السيد بالبيع ، فليس في هذه الأمور دلالة على الرد لتكون الإجازة بعد الرد .

والمصنف حيث سلم ظهورها في الرد قرب الاستدلال بالصحيفة بوجه آخر وحاصل ما أفاده : هو أن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي وهو الإجازة بعد الرد ليكون التعدي منحصرًا بما يساويه في الخصوصيات وهو الإجازة المسبقة بالرد ، والمفروض قيام الإجماع على عدم نفوذها فلا يمكن ذلك ، بل الاستدلال يكون بذيل الصحيفة ، أعني قوله عليه السلام « فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز البيع » الصريح في صحة بيع الفضولي بلحق الإجازة ، وإن لم يكن تطبيق ذلك على مورد الصحيفة (وفيه) ما لا يخفى ، فإن الرواية إن كانت مشتملة على عموم أو إطلاق يستفاد منها كبرى كلية ولم يمكننا تطبيقها على المورد أمكن القول بأن الاستدلال ليس بالحكم الشخصي الثابت للمورد ، وإنما يستدل بالكبرى الكلية فيما ليس من قبيل المورد وإن لم يعرف تطبيقها عليه نظير ماورد في رواية ابن بكير التي سأل فيها الإمام عن السنجاب والسنور والفنك ، فأخرج كتابا باملاء رسول الله وفيه ما حاصله : « إن الصلاة في وبر ما لا يؤكل لحمه وشعره وجلده فكل شيء منه غير جائز ولا يقبل الله تلك الصلاة حتى يصليها في غيره مما أحل الله أكله » . (١) فإن الصلاة في السنجاب جائز قطعاً ، فالكبرى لاتعم موردها ، إلا أنه يمكن التمسك بها لغير ذلك المورد .

(١) أصل الرواية على ما في الوسائل ص ٢٥٠ من الجزء الثالث المطبوع

حديثاً هكذا .

محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن عمير ، عن ابن بكير قال : سأل زرارة أبا عبد الله عليه السلام عن الصلوة في الثعالب والفنك والسنجاب وغيره من البر ، فأخرج كتابا زعم أنه إملاء رسول الله (ص) : أن الصلوة في وبر كل شيء حرام أكله فالصلوة في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسد ، لاتقبل تلك الصلوة حتي يصلي في غيره مما أحل الله أكله .

وأما اذا لم تكن الرواية مشتملة على عموم ولا على إطلاق وإنما كانت مشتملة على حكم شخصي ولم يكن معمولاً بها في ذاك المورد وأمثاله فليس هناك حكم آخر يتمسك به . وفي المقام من هذا القبيل ، فان ما ذكر في الصحيحة ليس الا حكم القضية الشخصية - أعني بيع الوليدة بتلك الخصوصيات - فاذا لم تكن معمولاً بها في ذلك المورد وما يساويه ليس فيها عموم أو إطلاق يتمسك به .

(هذا) ولكن عرفت أنه ليس فيها أدنى ظهور في الرد ، فلا تصل النوبة الى هذه التطويلات اصلاً ، كما لا مجال حينئذ لما ذكره السيد في حاشيته من التمسك بالصحيحة في موردتها والحكم بجواز الإجازة بعد الرد اذا كان فعلياً ، وذلك لأن دليل عدم نفوذ الإجازة بعد الرد إنما هو الاجماع ، وهو دليل لبي لا بد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو ما اذا كان الرد قولياً دون ما اذا كان فعلياً لدلالة هذه الصحيحة على جوازها .

نعم يرد عليه اشكالان :

(احدهما) أن ظاهر الصحيحة أن المشتري لم يكن عالماً بأن البائع - وهو ابن السيد - فضولي ، لقول السيد : وليدتي باعها ابني بغير إذني . فانه مشعر بعدم كون المشتري عالماً بذلك ، كما أن عدم تعرض الامام عليه السلام

- ثم قال : يا زرارَةَ هذا عن رسول الله (ص) فاحفظ ذلك يا زرارَه فان كان مما يؤكل لحمه فالصلوة في وبره وبوله وشعره وروثه والبانة وكل شيء منه جائز اذا علمت أنه ذكي وقد ذكاه الذبح ، وإن كان غير ذلك مما قد نهيت عن أكله وحرم عليك أكله فالصلوة في كل شيء منه فاسد ، ذكاه الذبح او لم يذكه . انتهى . والكبرى المذكور في هذه الرواية إنما لا ينطبق على موردتها - أعني السنجاب - لو فرض كون السنجاب مما يحرم أكله ومع ذلك يجوز الصلوة فيه والا فهي منطبقة على موردتها كما هو واضح .

لجهة كون المشتري زانياً من اقامة الحسد عليه أو طلب الشهود على ذلك أيضاً شاهد على جهله بالحال وانه اعتمد على يد ابن المولى ، فانها اماراة الملكية أو الوكالة اذا علم عدم كونها مالكيه ، وعليه فيكون الولد حراً لأنه من الوطي بالشبهة ، وإذا كان حراً لا وجه لحكمه عليه السلام بأخذه .

وتوهم ان حبس الولد إنما كان لامتناع المشتري من دفع قيمته الى السيدفانه الذي أتلفه عليه فيستحق قيمة مثله يوم الولادة ، كما يظهر من بعض كلمات المصنف وصرح به الميرزا (مدفوع) أولاً بأنه لو قلنا بأن المديون يحبس إذا تسامح في أداء الدين فهو الذي يحبس ولا وجه لحبس حر غيره كالولد مع انه ليس بمجرم أصلاً وثانياً نفرض إمكان حبس الولد الحر لتسامح والده في أداء دينه إلا انه عليه لا يكون الامام عليه السلام مبيناً حكم المسألة في الصحيحة ، فان حكم السؤال كان أخذ الوليدة وأخذ قيمة الولد ، وأما حبسه عند امتناع المشتري من الدفع فهو حكم آخر لم يكن مسؤولاً عنه في الرواية .

(ثانيهما) ما يئنه الامام عليه السلام للمشتري من انه يأخذ ابن السيد ، فانه أيضاً لا وجه له . وتوهم أن حبسه كان من جهة قبضه الثمن - كما هو المتعارف في أغلب البيوع الفضولية - ولأنه لا يراه (مدفوع) أولاً بأنه عليه كان اللازم أن يحكم عليه السلام ابتداءً بأنه يطالبه بالثمن وبما يغرمه السيد من قيمة الولد ، وإذا تسامح عن الدفع يحبسه . وثانياً انه مخالف لقول المشتري عندما طالبه السيد بارسال ابنه « لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل لابني » فانه صريح في ان حبسه لم يكن من جهة دفع الثمن وإنما كان من جهة أن يجيز السيد البيع ، ولم نعرف لذلك وجهاً ، ولعل القضية لم تنقل بتمامها الينا وكان فيها خصوصيات تقتضي أخذ الولد، وكيف ما كان لا يضر عدم فهمنا لذلك بالاستدلال ببقية جملات الصحيحة على صحة الفضولي بالاجازة ، وذلك واضح .

(ومما استدل به) على صحة بيع الفضولي قوله عليه السلام في نكاح العبد بدون إذن سيده « انه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا أجاز جاز » وقد ركن اليه المحقق الثاني بدعوى أن المستفاد من الكبرى الكلية : ان سبب عدم نفوذ العقد إن لم يكن عصيان الله تعالى كالنكاح في العدة بل كان عدم رضا السيد أو من هو بمنزلة السيد كالمالك ينفذ بلحوق الاجازة منه ، والعصيان في بيع الفضولي ليس إلا عصيان المالك ، فينفذ اذا أجاز .

(وفيه) انه إن استند عقد الفضولي الى المالك بالاجازة اللاحق ، وشمله عموم « أوفوا بالعقود » الذي هو خطاب الى المالك ، فلا حاجة الى التمسك بهذه الرواية وأمثالها ، والا فلا يمكن الاستدلال بها أيضاً ، لأن غاية مفادها انما هي كفاية الرضا المتأخر فيما اذا كان العقد بنفسه مستنداً الى من يلزم الاستناد اليه ، ولكنه كان فاقداً لرضا من يعتبر رضاه فيه كما في مورد الرواية ، فتعدي الى أمثاله كالتزويج ببنت أخ الزوجة أو بنت أختها حيث اعتبر رضاها في صحته ، وأما العقد الفاقد للاستناد فلا دلالة في الرواية على صحته بمجرد الرضا المتأخر أو الاجازة المتأخرة ، (وبعبارة اخرى) غاية مفاد الرواية أن الاجازة المتأخرة من السيد تكفي في حصول الرضا لا أنها تكفي في استناد العقد الى من يلزم استناده اليه .

(ومما استدل به) على الصحة أيضاً الأخبار الواردة في اباحة الخمس للشيعة وهي كثيرة : (منها) ما ورد في غنائم الحرب وشراء الجوارى منها ، فانها إما ملك للامام عليه السلام بتمامها إذا لم يكن الحرب باذنه وإما للامام فيها الخمس اذا كان الحرب باذنه ، وعلى أي تقدير أباح الامام ذلك لشيعة لطيب ولادتهم . (ومنها) ما ورد في المساكن والمتاجر ، أي ما يشتريه الشيعي ممن لا يعتقد بالخمس وقد ورد في بعضها ما مضمونه « انا ما انصفناكم إن كلفناكم اليوم » أي الوقت الذي لم يتمكنوا من استنقاذ أموالهم من الناس لعدم وصول الخلافة الظاهرية اليهم ،

فإن تكليف الشيعة حينئذ بأداء الخمس مما يشترطونه من العامة خلاف الانصاف .
وكيف كان هذه الأخبار بعضها صادرة عن مولانا أمير المؤمنين عليه السلام
وفي بعضها تصريح بعدم اختصاص الإباحة بإمام دون إمام ، فيستفاد منها صحة
المعاملات الواقعة على أموالهم عليهم السلام فضولة وبغير إذنبهم .
(ونقول) الاستدلال بهذه الأخبار يصح على تقدير ولا يصح على تقدير
آخر ، فانه إن قلنا بخروج العقد عن عنوان الفضولي إذا كان مسبوقاً بالرضا المبرز
مع عدم وصوله إلى العاقد فلا محالة تكون مورد هذه الأخبار خارجاً عن الفضولي
وأما إن قلنا بأن الخروج عن الفضولية متقوم باستناد العقد إلى المالك وهو متقوم
بالإذن - أعني وصول الرضا المبرز إلى العاقد ولا يكفي في ذلك مجرد الإبراز كما
لا يكفي فيه الرضا النفساني المجرد عن المبرز - فالإباحة في الأخبار تدل على المقصود
والظاهر هو الثاني لأن الاستناد إلى غير العاقد إنما يكون فيما إذا وقع العقد عن إذن
المالك ومستنداً إليه ، وأما إذا فرض أن المالك رضي بالعقد بل وكل غيره في بيع
داره مثلاً وأبرز ذلك لأهله ولكن قبل وصول ذلك إلى الوكيل باع الدار فضولة
لعدم مبالائه لا يقال عرفاً أن المالك باع داره بمجرد رضاه المبرز مع عدم وصوله إلى
العاقد (وعليه) يكون شراء ماتعاق بهحق الإمام عليه السلام أيضاً من الفضولي وتكون
الإباحة بمنزلة الإجازة المتأخرة ، فيمكن التمسك بهذه الأخبار على الفضولي (١) .

(١) المقصود منها هو الأخبار الواردة في إباحة الخمس للشيعة . وقد نقلها
في الوسائل في ج ٦ من المطبوع حديثاً باب ٤ من أبواب الانفال وما يختص
بالإمام ص ٣٧٨ .

(ومما يستدل به) أيضاً ما ذكره المصنف بقوله : «وربما يستدل أيضاً بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي» - الخ ، وقد ورد في بعض الأخبار صحة تزويج الولي العرفي كالأم لابنه أو الأخ لأخيه أو العم لابن أخيه الى غير ذلك إذا أجازته الزوج بعد ذلك (١) ، ومن الظاهر أن لا خصوصية للولي العرفي ، فلا وجه لما نسب الى ابن حمزة من القول بصحة تزويج الولي العرفي كالولي الشرعي (وعليه) فإذا صح تمليك البضع بالاجازة اللاحقة مع أهميته - لأنه يكون منه الولد كما صرح به في بعض الأخبار وهو أولى بمراعاة الاحتياط فيه - فتتمليك المال يصح بطريق أولى .

(وفيه) ان أهمية النكاح من سائر المعاملات غير قابلة للانكار كما صرح به جملة من الأخبار ، فان قوام العالم به ولذا رغب فيه الشارع وحذر عن مقابله وهو الزنا ، الا أن الكلام في ان أهمية المسبب يوجب التضييق في سببه أو التوسعة فيه ، فان المناسب للامر المهم المرغوب فيه أن يوسع في سببه ليسهل الوصول إليه لكل احد ، لا أن يجعل سببه ضيقاً ، فانه مناسب للامر المكروه للشارع ، كالطلاق الذي هو مزيل للنكاح ولذا ضيق في سببه من جهات . ألا ترى ان سبب النكاح لو خص باللفظ العربي الفصيح باللهجة العربية لما امكن الوصول اليه لجملة من أهل القرى والبر بخلاف ما اذا اكتفى بكل لغة (وعليه) فالتوسعة في سبب النكاح لا يستلزم التوسعة في سبب البيع الذي ليس بتلك المرتبة من الأهمية ، ولذا لم يرغب فيه شرعاً ، فالأولوية ممنوعة .

والمصنف « ره » بما انه مسلم بالأولوية جعلها معارضاً بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه ، بالصحة في الثاني دون الأول ، لأن المال منه العوض بخلاف البضع ، قال عليه السلام في

(١) ذكر بعضها في الوسائل ج ١٤ الباب ٨ ص ٢١١ الطبع الجديد .

ردهم « سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده ، فان النكاح أولى واجدر أن يحتاط فيه لأنه الفرج ومنه يكون الولد » (١) فانه - قدس سره - زعم أن المراد بالإحتياط في النكاح هو الحكم بصحته دون البيع ، فيمكن أن يصح النكاح في مورد دون البيع بعكس الأولوية ، فصحة البيع بدون إذن المالك تستلزم صحة النكاح بدون إذن الزوج دون العكس .

(نعم) عليه اذا قام دليل على بطلان التزويج بدون إذن الزوج يدل بالأولوية على بطلان البيع بدون إذن المالك أيضاً ، فتعكس الأولوية بمقتضى هذه الرواية (وفيه) ما لا يخفى ، فان حكم العامة بصحة البيع في مفروض الرواية لم يكن مبنياً على الاحتياط ، فان الاحتياط فيه من حيث الفتوى انما يقتضى التوقف عن الحكم بكل من الصحة والفساد ، لأن كلاً منهما مبني على وجوه استحسانية ، فهو من مصاديق قوله تعالى : « قل الله آذن لكم أم على الله تفترون » . وأما من حيث العمل فالأمر دائر بين محذورين ، لأن كلاماً من الثمن والمثمن يدور امره بين أن يكون ملكاً للمشتري أو ملكاً للبائع ، فليس الحكم بأحد الطرفين موافقاً للاحتياط وانما الاحتياط يقتضى الصلح باقالة اوبيع جديد ونحو ذلك . كما ان الحكم بصحته ايضاً ليس موافقاً للاحتياط وهكذا الحكم بفساده : أما من حيث الفتوى فواضح ، وأما من حيث العمل فلان القول بالصحة اذا لم يطابق الواقع يوجب الوقوع في الزنا ، والقول بالبطلان مستلزم لجواز تزويج المرأة نفسها للغير ، فاذا خالف الواقع لزم منه الزنا بذات البعل ، فالاحتياط يقتضي تجديد عقد النكاح أو الطلاق .

(وعليه) لا يمكن أن يراد بكون النكاح أجدر وأحرى بالإحتياط من البيع الأولوية من حيث الحكم بالصحة ، لأنها في البيع لم تكن مبنية على الاحتياط بل هي مخالفة له ، وانما يصح هذا التعبير او كانت صحة البيع من جهة الاحتياط ،

(١) نقله في الوسائل الجزء ١٣ء الباب ٢ من كتاب الوكالة ص ٢٨٧ . طبع الجديد .

قوله (قده) : ربما يؤيد صحة للفضولي بل يستدل عليها (١)

فلا بد وأن يكون مراده عليه السلام من ذلك - والله العالم - أن العامة إذا تجرأوا ولم يحاطوا في البيع حيث لم يتوقفوا ولم يرجعوا الى اهل البيت عليهم السلام وافتوا فيه بالصحة اعتماداً على وجوه عقلية فالأجدربهم أن يتوقفوا عن ذلك ويحتاطوا في النكاح لأهميته وانه يكون منه الولد ، فأولوية النكاح بالصحة عن البيع أجنبية عن هذه الرواية .

(فقد ظهر) من جميع ما ذكرنا صحة العقد الفضولي بالاجازة بمقتضى العمومات وصحيفة محمد بن قيس وان كانت مورداً للمناقشة من عدة جهات . وأما ماورد في النكاح الفضولي فلا دلالة فيه على صحة غيره من العقود الفضولية . (١) من الوجوه التي أيد بها صحة الفضولي بلحوق الاجازة ماورد في المضاربة في رجل دفع الى رجل مالاً ليشتري به حزماً من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي أمره - بأن عين له طريقاً خاصاً او سلعة خاصة فخالفه العامل في ذلك - فقال عليه السلام : « هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه » (١) .

وذكر المصنف - قدس سره - انه يستأنس منه صحة الفضولي على تقدير ، ويستدل به عليها على تقدير آخر ، لأن الرواية اذا بقيت على ظاهرها من عدم توقف الصحة على الإجازة - كما نسب ذلك الى بعض الأصحاب - لكان موردها خارجاً عن الفضولي ، الا انه يستأنس منه عدم اعتبار اذن المالك سابقاً في صحة البيع وأما إن حملناها على صورة الاجازة بمقتضى ما دل على اعتبار رضا المالك في حصول النقل والانتقال في .اله لكان موردها من العقد الفضولي ، واحتمال اختصاص الحكم بالصحة بموردها - اعني المضاربة - وإن كان موجوداً ولا يمكن

(١) في الوسائل المطبوع حديثاً . الجزء ١٣ الباب الأول من كتاب المضاربة

التعدي عنها الا أن ذلك يكون مؤيداً للمقام .

ونقول : الظاهر عدم امكان التمسك بهذه الأخبار أصلاً لاتأيداً ولا استدلالاً : (أما على التقدير الأول) فلان الحكم بصحة مال الغير تعبداً في مورد بدون اذن المالك سابقاً ولا اجازته لاحقاً اجنبي عما نحن فيه من حصول الصحة بالإجازة اللاحقة التي هي محل الكلام ، فلا وجه لاستيناسها منه أصلاً (وأما على التقدير الثاني) فلان الظاهر بحسب ما هو المرتكز في أذهان التجار أن اشتراط المالك علي العامل أن يشتري نوعاً خاصاً من المتاع أولاً يشتري الامن مكان خاص ليس لغرض شخصي وانما هو لاعتقاده ان الربح يكون فيما يعينه للعامل دون غيره فاذا كان الربح في الواقع فيما منعه عنه وكان اعتقاده مخالفاً للواقع فهو راض بتلك المعاملة .

(وعليه) فاذا خالفه العامل وربح تكون المعاملة باذن المالك على حسب المضاربة ، واذا خسر يكون ضامناً ، لأنه لم يعمل حسب شرط المالك ، فورد الرواية اجنبي عن الفضولي بالكلية (ويؤكد) أن معاملة العامل لو كانت فضولية لم يكن وجه للحكم بالصحة مطلقاً ، بل كانت صحتها متوقفة على اجازة المالك ، مضافاً الى ان الربح حينئذ كان جميعه للمالك ولم يكن وجه للحكم بتقسيمه على حسب الشرط .

وتوهم كون التقسيم من جهة عمله فانه عمل مسلم محترم (مدفوع) بأن عمله لو سلم كونه محترماً - مع انه ممنوع والا لزم دفع الأجرة اليه حتى في فرض الخسارة ولم يقل به أحد - يوجب استحقاقه لأجرة المثل لا لشيء من الربح .

(والحاصل) ان المصنف ذكر ما توضيحه : ان هذه الأخبار الواردة في المضاربة اذا أبقيت على ظاهرها ولم يقيد لإطلاقها بما اذا أجاز المالك لتجار العامل فهي - وان كانت خارجة عن عنوان الفضولي بل مفادها حكم تعدي - الا انه يمكن

استيناس صحة الفضيولي منها ، لأنه يستفاد منها عدم توقف صحة العقد على الإذن السابق ، وإن قيدت إطلاقها بصورة لحوق الإجازة بمقتضى مادل على اعتبار رضا المالك في صحة العقد الواقع على ماله ، فيكون مورد الرواية داخلاً في عنوان الفضيولي إلا أنها لعدم اشتغالها على كبرى كلية تختص بموردها ولا يتعدى عنها إلا أنها تكون مؤيدة للمطلوب .

ونقول : الظاهر أنه لا يستأنس منها صحة الفضيولي على التقدير الأول ، كما لا يمكن الاستدلال بها على التقدير الثاني : (أما على الأول) فلان الحكم بصحة العقد الواقع على مال الغير تعبداً من دون اذنه ورضاه لاربط لها بصحة بيع الفضيولي مبنياً على إجازة المالك ، فلامعنى لأن يستأنس من ذلك صحة البيع مثلاً بالإجازة اللاحقة (وأما على التقريب الثاني) فلا يمكن الالتزام بكون مورد الرواية داخلاً تحت عنوان الفضيولي ، لمنافاته مع حكمه عليه السلام فيها بأن الرجح يقسم بينهما ، فان البيع لو كان فضولياً لزم رجوع جميع الرجح الى المالك ، ولوجه لتقسيمه حسب قرار المضاربة ، كما انه يناهز ذلك كون الخسارة على العامل ، لأن المعاملة لو كانت فضولية لم تكن الخسارة على العامل على تقديري الصحة والفساد ، لأنه على فرض الصحة تكون الخسارة على المالك وعلى تقدير الفساد وعدم الإجازة يأخذ المالك عين ماله من المشتري الا اذا كانت تالفة ، فحينئذ يمكن أن يغرم العامل .

هذا كله في دفع الاستدلال بهذه الأخبار في المقام ، وأما حكم هذه المضاربة وأن تقسم الرجح بين المالك والعامل وكون الخسارة على العامل هل يمكن تطبيقه على القواعد أو انه حكم تعبدى (ربما) يوجه التقسيم بأن غرض المالك المضارب من المضاربة انما هو الاسترباح على ما هو شأن التجار ، فاذا منع العامل عن شراء شيء أو السفر الى بلد فليس ذلك لغرض شخصي وانما هو لاعتقاده الرجح في ذلك والخسران في الآخر ، فاذا كان خاطئاً في التطبيق وفرضنا أن العامل أنجر بما منعه

المالك عنه ويرجى يكشف منه رضاء المالك به من أول الأمر ، فتكون المعاملة مورداً للمضاربة حقيقة وان لم يفهمه المالك من باب الخطأ في التطبيق ، ومن هذه الجهة تقسم الربح بينهما على حسب القرار .

(وفيه) : (أولاً) إن باب الفرض والداعي أجنبي عن مداليل الألفاظ والمعتبر هو الثاني ، فإذا فرضنا أن احداً وكل شخصاً في شراء دار فرأى الوكيل أن شراء الطعام اربح له من شراء الدار فاشتري له الطعام لكونه موافقاً لغرضه فهل يتوهم صحته لذلك ؟ وهكذا إذا وكلت المرأة احداً في تزويجها لشخص لكونه مثرياً فزوجها الوكيل لرجل اثرى منه لموافقته لغرضها فهل يمكن القول بصحة التزويج فان الميزان إنما هو مداليل الألفاظ لا الدواعي والأغراض .

(وثانياً) انه لا يمكن دعوى أن الغرض للتاجر المضارب في تعيين متاع أو طريق للعامل هو الاسترباح كلية ، اذ قد يكون له غرض آخر ، كما اذا فرضنا انه رجل مقدس يمنع العامل من بعض المعاملات لكونها مكروهة شرعاً كالتعاطي في الأكفان مثلاً .

(وثالثاً) هذا التوجيه اخص من مورد الرواية ، فانه انما يتم فيما اذا كان مافعله العامل اكثر ربحاً من المعاملة التي أمر بها المالك ، وإلا فلا يستكشف رضا المالك المضارب بها واقعاً ، فتوجه تقسيم الربح فاسد .

وأما كون الخسارة على العامل فقد وجه على القاعدة بوجهين :

(أحدهما) انه يكون من جهة الشرط الضمني ، فان مرجع المنع عن معاملة خاصة الى اشتراط كون الخسارة على العامل عند المخالفة ، ولايتاني ذلك ماهو المعروف المسلم من عدم كون العامل ضامناً للخسارة في المضاربة ، فان المراد به أن المضاربة لا تقتضي ضمان العامل لأنه عامل ، فلايتافيه ثبوت الضمان بالإشتراط من الخارج ، وقد ورد في بعض الأحاديث أن عباس كان له مال كثير وكان يعطيه

قوله (قده) : الأخبار الواردة في اتجار غير الولي بمال اليتيم (١)

الى الناس بعنوان المضاربة ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا ربطاً والا كانت الخسارة عليهم .

(ثانيهما) ما ذكره الميرزا ، وحاصله : أن ذلك إنما هو على القاعدة لامن جهة الشرط ، فان تصرف العامل لما لم يكن على طبق الشرط فلا محالة يكون عدواناً ، فما كان باقياً من ماله تحت يد العامل يجب رده اليه وماتلف أو صار بحكم الاتلاف بالاتجار يكون ضامناً له .

ونقول : أما التوجيه الأول (فقيه) انه لا وجه لرجوع تعيين الطريق الخاص أو المتاع المخصوص الى اشتراط كون الخسارة على العامل مطلقاً حتى من غير المتلف الى ذلك ، مضافاً الى أن صحة هذا الشرط محل الكلام بين الأعلام ، بل المعروف عدم كون العامل ضامناً حتى بالإشتراط .

(وأما التوجيه الثاني) فقيه : أولاً ما عرفت من معاملة العامل لو كانت فضولية لا تكون الخسارة على العامل على كلا تقدير الصحة والفساد . وثانياً انه مناف لما هو ظاهر بعض الأخبار الواردة في المقام ، حيث جعل فيها الوضعية - أعني الخسارة - مقابلاً للضمان وقال عليه السلام عند مخالفة العامل للشرط أنه يكون ضامناً ثم بعد ذلك قال عليه السلام ان ربح يقسم الربح بينهما وإن خسر كانت الخسارة على العامل ، فان ظاهره أن ضمان الخسارة والنقصان يكون مقابلاً ل ضمان العين الثابت بمقتضى « على اليد » أو حديث « من أثلف » ، فلا يتم شيء من هذه التوجيهات ، بل الظاهر أن تقسيم الربح وكون الخسارة على المالك حكم تعبدى على خلاف القاعدة ، كما أن نفوذ عقد الوكيل المعزول قبل وصول عزله اليه أيضاً على خلاف القاعدة ، وقد ثبت بالتعبد .

(١) تقريب الاستيناس بها ظاهر (١) فانها لو قيدت بصورة إجازة الولي

(١) هذه الأخبار نقلها في الوسائل الجزء ١٢ الباب ٧٥ من كتاب التجارة -

ص ١٩٠ من المطبوع أخيراً .

قوله (قدّه) : وربما يؤيد المطلب بروايه ابن الأشيم (١)

- كما صرح به بعض - كان موردها داخلاً في الفضولي وإلا فيستأنس بها لصحة الفضولي ، لأن صحة الاتجار بمال الغير بدون إذن سابق ولا اجازة لاحقة يقتضى صحتها بعد الاجازة بطريق أولى (وفيه) إن جملة من الاخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم واردة في اتجار الولي وانه ان كان ملياً وضمن المال - أي بالضم - الاختياري اعنى الاقتراض - فالرجح له والخسارة عليه ، والا فالرجح لليتيم والخسارة على الولي ، وبعض الاخبار وإن كانت مطلقة الا انه لا يبعد حملها على الولي أيضاً وفي بعضها : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : « ليس في مال اليتيم زكاة الا أن يتجر به فان تجر به فالرجح لليتيم وان وضع فعلى الذي يتجر به » . والمراد بالزكاة الزكاة المستحبة في الاتجار .

(وبالجمله) المستفاد من هذه الروايات غير الولي مطلقاً ، والولي اذا لم يكن ملياً أو لم يضمن مال اليتيم وتجربه لنفسه كان الرجح لليتيم والخسارة عليه ، فانه تصرف عدواني ولو من الولي . وعلى أي تقدير - اي سواء كان التصرف من الولي لنفسه أو من الأجنبي - كان أجنبياً عما نحن فيه ، أما لو كان هو الأجنبي فلعدم ذكر الاجازة من الولي في الروايات اصلاً ، بل لو كان مورداً للفضولي لزم أن يكون الوضعية كالخسارة على اليتيم ، ولم يكن وجه لكون الرجح له والخسارة على التاجر .

(وتوهم) أن الشارع ولي الكل وهو اجاز ذلك . فيه ما لا يخفى ، فان محل الكلام اجازة من يملك العقد وأما الشارع فاجازته حكمه ، وهو إن كان ثابتاً فثابت قبل العقد لا بعد تحققه ، فالظاهر أن ذلك حكم تعبدى ثابت في مال اليتيم ولا ربط له بالفضولي اصلاً .

(١) مضمون الرواية أن احداً دفع الى العبد المأذون في التجارة مالا ليشتري

به نفسها ويعتقها ويحجه عنه أو يحج عنه - بصيغة المبني للمفعول - فبات فاشترى المأذون أباه واعتقه ودفع اليه باقى المال وحج عنه ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع وادعى كل منهم انه اشتراه بماله . فقال ابو جعفر عليه السلام ما مضمونه : إن الحج يمضي على ما هو عليه ، وأما المملوك فيرد رقاً لمولاه وأي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على انه اشترى بماله كان رقاً له الحديث (١) .

وتقريب الاستدلال أو التأييد بها : ان الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتق كان فاسداً لأنه اشترى بمال مالكة ، وان كان بمال مالك العبد المأذون صح ولكنه خارج عن الفضولي ، وأما ان كان بمال الميت فلا محالة يكون الشراء فضولياً ، لأن الشراء كان بعد موته بدون اذن الورثة ، والمفروض انهم اجازوه بعد تحققه ، فان مطالبتهم للعبد يكون اجازة للشراء ، وقد حكم الامام عليه السلام بأنهم اذا أقاموا البينة على انه اشترى بمالهم كان رقاً لهم ، ومعناه صحة الشراء الفضولي اذا فرض انهم أقاموا البينة على ذلك .

(هذا) وفيه - مضافاً الى ضعف السند بان ابن الأشيم غير ممدوح - ضعف الدلالة لأن من المحتمل أن الورثة أيضاً كان لهم مال عند المأذون ، فيدعون أن العبد اشترى بمالهم ، فيخرج الشراء حينئذ عن الفضولية - فتأمل . فكون الشراء فضولياً مبني على احد أمرين : إما أن يكون دفع الميت المال الى المأذون بعنوان الوصية ، ولكن الورثة يدعون أن العبد لم يشتر بالمال الذي عينه الميت لذلك وانما اشتراه بمال آخر من الميت لم يعينه لذلك ، والا فاذا أقرروا بالوصية وان العبد اشترى بالمال الذي عينه الميت ولم يكن زائداً على الثلث لم يكن لهم حق الخصامة أصلاً .

(١) راجع الوسائل - الطبع الحديث - ص ٥٢ الجزء ١٣ الباب ٢٥ من

ابواب بيع الحيوان .

ولما ان الورثة ينكرون الوصية ويدعون أن الميت انما دفع المال الى المأذون بعنوان الوكالة وقد بطلت بموت الموكل ، والمفروض ان الشراء كان بعد موته وانتقال المال اليهم فيدعون أن العبد اشترى بمالههم . وهذا الاحتمال - اي انكار الوصية - يجري في الرواية ، اذ لم يصرح فيها بأن الميت اوصى بذلك ، كما ان ظاهر غصمتهم أيضاً ذلك .

ودعوى انهم كانوا يطالبون ولاء العتق - كما عن الميرزا - يتأفيها حكم الإمام عليه السلام بأن العبد يعود ملكاً لهم إذا أقاموا البينة ، الظاهر في فعله العود الى الرقية (وكيف كان) بما أن الإحتمال الأول جار لا يمكن الاعتماد على الرواية لا استدلالاً ولا تأييداً .

هذا مضافاً الى جريان اشكالين آخرين فيها :

(احدهما) : أن الامام عليه السلام كيف حكم برجوع العبد رقاً الى مالكة الأول - اعني بفساد البيع الذي هو مقتضى الاستصحاب مع وجود أصل حاكم عليه وهو أصالة الصحة في العقد ، وقاعدة الاقرار أعني « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » ، فان المأذون كان مالكا للعقد ، وهو يعترف بالشراء بمال الميت فكيف يقدم عليها الاستصحاب .

(والجواب عنه) أن أصالة الصحة غير جارية في المقام ، لا لما ذكره الميرزا من اختصاصها بما اذا لم يكن الشك في اركان العقد ، بل لأنها انما تجري فيما اذا كان تحقيق العقد مفروغاً عنه وشك في صحته وفساده ، لا فيما اذا كان الشك في أصل تحقق العقد خارجاً كما في المقام ، فان الشراء لو كان بمال مالك العبد المعتقد لم يكن هناك بيع حقيقة ولم تتحقق مبادلة بين المالكين اصلاً ، إذ لا معنى للمبادلة بين مالي شخص واحد ، بل هنا صورة بيع ، فالأمر دائر بين وقوع العقد وعدم وقوعه ، فليس مورداً لأصالة الصحة .

قوله (قدّه) : ومما يؤيد المطلب أيضاً صحة الحلبي (١)

وأما قاعدة « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » فليست موردّاً لعموم أو إطلاق ، وإنما هي مستفادة من تسالم الأصحاب ، فلا بد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو ما اذا كان حين الاقرار مالكا ، وأما اذا لم يكن له السلطنة حين الاقرار فلا اعتبار باقراره وإن كان له السلطنة سابقا . ومن هنا إذا باع أحد داره وبعد ذلك اعترف بأنها كانت مغصوبة من عمرو مثلاً لم يسمع دعواه ، وهكذا لو ادعى انه كان نجسا . ففي المقام إذا كان إقرار المأذون قبل موت الدافع لكان مسموعا لسلطنته على الشراء له وأما بعد موته فلا يعتبر إقراره لزوال سلطنته بموته ، فالحكم بالفساد تمسكا بالاستصحاب لا بأس به .

فيبقى الاشكال الثاني - وهو كيف حكم الامام عليه السلام بصحة الحج مع ابتنائها على امور غير ثابتة ، وكيف يصح حج من حكم بكونه رقاً لمالكه الأول ، وكيف يستحق الأجرة مع انه ملك الورثة ظاهراً ؟ فلا يمكن الاستدلال بها من هذه الجهة وللإحتمال المتقدم .

(١) من الروايات التي استدلت بها على صحة الفضولي ماورد في الإقالة بوضيعة فان الاقالة بما انها عبارة عن حل العقد السابق وليست بمعاملة جديدة لا يمكن أن تكون بوضيعة او بزيادة ، وقد سئل في صحة الحلبي منها فقال عليه السلام « لا يصح له أن يأخذ بوضيعة » (١) ، وظاهره الفساد لتعلقه بالمعاملة لا الكراهة ، ثم قال : « فان جهل وأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول مازاد » ، وظاهره بعد حكمه بفساد الاقالة صحة البيع الواقع على الثوب فضولة ، بل صحة الفرد الخفي منه وهو بيع الفضول لنفسه لا للمالك .

(وفيه) عدم امكان تطبيق الصحيحة على الفضولي لوجهين : « احدهما »

(١) نقله في الوسائل ج ١٢ الباب ١٧ من كتاب التجارة ص ٣٩٢ .

أن البيع لو كان فضولياً لزم رد تمام الثمن الى المشتري واسترداد ما دفعه اليه أولاً بالاقالة منه لا بخصوص المقدار الزائد . « وثانيهما » لو كان البيع الواقع على الثوب فضولياً لتوقف نفوذه على إجازة المشتري ، ولم يتعرض الامام عليه السلام لها أصلاً مع انه ليس البيع بالزائد مورداً لإجازة المشتري أصلاً ، إذ لعل المبيع صار مورداً للترقي بحسب القيمة السوقية فيما بين زمان الاقالة وزمان البيع ، بحيث لا يميزه المشتري فعلاً لو علم بفساد الإقالة وبقاء العين في ملكه ، بل الصحيح انه اجنبي عن الفضولي ، بل موردها هو البيع المقرون برضا المالك ، وذلك لأن الرضا بالإقالة بوضعيه يستلزم الرضا بالمبادلة بأزيد من ذلك جزءاً .

(وبعبارة اخرى) اقتران العقد بالرضا المقارن - وان ذكرنا انه لا يخرج عن الفضولية ولا يحصل به الاستناد الى المالك - الا ان الرضا في المقام برز ، وبروزه انما هو نفس الاقدام على الاقالة ، فانه بالدلالة الالتزامية يدل على الرضا بالمبادلة بأكثر من ذلك وان لم يعرفه المالك ، فيكون البيع باذن المالك لافضولياً .

(وأما فقه الحديث) فلا يمكن حمل الرد فيه على معاملة جديدة لمنافاته مع حكم الامام عليه السلام بعدم الصلاحية مع الوضعية كما هو ظاهر . وأما قوله عليه السلام : « ردّ على صاحبه الأول مازاد » فربما يتوهم منه أن الضمير راجع الى المال فالمعنى يرده على مالكة الأول ، فتخيل منه صحة الاقالة في الفرض أو كون المراد من الرد معاملة جديدة وحمل نفي الصلاح على الكراهة ليتحقق للمال مالكان : المالك الأول قبل الإقالة وهو المشتري ، والثاني بعدها وهو البائع .

(وفيه) أولاً - : انه مناف لقوله عليه السلام « فان جهل فأخذه » - الحديث فان الاقالة لو كانت صحيحة لم يكن وجه لاختصاص الحكم بفرض الجهل . وثانياً - : لا يستقيم ذلك ، ورجوع الضمير الى المال حتى على فرض صحة الاقالة ، فان المال حينئذ وان كان له مالكان الا ان احدهما هو الراد ، وليس للمال غيره سوى مالك

قوله (قدّه) : بموثقة عبد الله عن ابي عبد الله (ع) عن السمسار يشتري بالأجر (١)

واحد ، فلا يستقيم التعبير بأنه يردّه الى المالك الأول ، مع ان المالك غير الراد ليس الا واحد ، فالصحيح رجوع الضمير الى البائع ، فان له صاحبان : أحدهما المشتري الأول وهو صاحبه الأول والآخر المشتري الثاني وهو صاحبه الثاني ، فحكم عليه السلام أن البائع يرد الزائد على صاحبه الأول دون الثاني .
(١) المحتملات فيها ثلاثة :

(الأول) أن يكون القيد - وهو قوله عليه السلام « يشتري بالأجر » (١) - توضيحياً لأملاحة القضية الشخصية ، فيكون بياناً لمعنى السمسار ، ويكون دفع الورق اليه بعنوان القرض وشراؤه يكون لنفسه لا للدافع . وعليه تكون الرواية اجنبية عن الفضولي ، ولكن الاحتمال في نفسه بعيد لظهور القيد في الاحتراز به ، فان السمسار معناه واضح لا يحتاج الى بيان .

(الثاني) أن يكون ذلك توكيلاً له في الشراء ، ويكون القيد بملاحظة القضية الشخصية غاية الأمر يأمر الدافع بأن يجعل له الخيار في كل ما يشتريه له ، فيأخذ ما احب ويرد ما لا يحب . وعليه أيضاً تكون الرواية اجنبية عن الفضولي .

(الثالث) أن يكون الدفع اليه لمجرد تمكينه من الشراء فضولة من دون أن يكون توكيلاً أو قرضاً ، غاية الأمر يخبره عن اجازته لاحقاً بعد الشراء لما احب ورده لما كره . وعليه ينطبق على الفضولي . وبما ان الامام عليه السلام حكم بالصحة من دون استفصال يظهر منه صحة القرض الأخير أيضاً .

هذا ، وفيه : (أولاً) ان الاحتمال الثالث بعيد في نفسه كلاحتمال الأول ،

(١) نقل هذه الرواية في الوسائل ج ١٢ الباب ٢٠ في احكام العقود ص ٣٩٤

طبع الحديث .

قوله (قده): وربما يؤيد المطلب بالأخبار للدالة على نكاح

للعبد (١)

فان المتعارف في دفع الورق الى السمسار ليس ذلك ، بل الظاهر هو الاحتمال الثاني أعني التوكيل (وثانياً) مع النزول عن ذلك لا يمكن التمسك في المقام بترك الاستفصال لأنه لا يتم في القضية الشخصية ، اذ لعل الامام علم بالحال من الخارج أو من نفس السؤال فأجاب عن حكمه .

(وبعبارة اخرى) انما يتمسك بترك الاستفصال فيما اذا كان المسؤول عنه مردداً ومنقسماً الى أقسام عديدة بأن كان حكماً كلياً ، ولا يجري ذلك فيما اذا كان المسؤول عنه قضية شخصية .

(١) ذهب بعض المحققين الى ان التعليل الوارد في تلك الأخبار من أقوى الأدلة على صحة عقد الفضولي بعد لحوق الاجازة لأنه يستفاد منه كبرى كلية ، وهي أن عدم نفوذ العقد إن كان من جهة كونه عصياناً له تعالى فلا يصح وضعاً بلحوق الاجازة ، وكلما لم يكن ذلك من جهة عصيان الله بل كان من جهة كونه عصياناً لمن يمكن تبديل عصيانه بالرضا جاز بالاجازة ، ومن الظاهر أن عقد الفضولي ليس عصياناً له تعالى وانما هو عصيان المالك وضعاً ، فاذا أجاز جاز .

(وفيه) أن مورد التعليل انما هو نكاح العبد لنفسه الذي يكون استناده الى من يعتبر استناد العقد اليه متحققاً ، غاية الامر يكون فاقداً لرضا السيد المعتبر في نفوذه من الخارج ، فعموم العلة يقتضي التعدي الى ما يكون من هذا القبيل ، كالنكاح على بنت اخ الزوجة أو بنت اختها أو بيع العين المرهونة من دون اذن المرتهن . وأما اذا كان العقد الواقع فاقداً للاستناد - كما في الفضولي - فلا يقتضي عموم التعليل صحته باجازة اصلاً .

(وبعبارة اخرى) في مورد التعليل يكون العاقد مشمولاً لعموم «أوفوا

قوله (قده) : واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة ، أما للكتاب
فقوله تعالى : « لاتأكلوا » (١)

بالعقود ، غايته اعتبار رضا السيد في نفوذه ، فلا يتعدى عنه الا فيما كان من هذا
القبيل في الأمثلة المتقدمة دون ما اذا لم يكن العاقد مشمولاً لعموم « أوفوا » كما في
الفضولي ، فالإستدلال بعموم العلة على صحة الفضولي باطل . الا أنك قد عرفت
أن العمومات تقتضي صحته في العقود والإيقاعات ولم يتحقق في الإيقاعات اجماع
على الفساد .

(١) استدل به على الفساد نارة من جهة مفهوم الحصر المستفاد من الاستثناء
واخرى من حيث مفهوم الوصف والقييد ، فانه يدل على الانتفاء عند الانتفاء ، فلو
فرضنا ان الاستثناء لم يكن مذكوراً في الآية وورد دليل هكذا « التجارة عن تراض
سبب لحل المال » لدل ذكر الوصف على إنتفاء الحكم عند الوصف .

وقد اشكل المصنف على كل من التقريبين :

(أما على التقريب الأول) فبأن الاستثناء في الآية منقطع لعدم دخول
المستثنى في المستثنى منه ، وهو بمنزلة جملتين مستقلتين فلا يدل على الحصر . مثلاً :
قولك « ماجاءني القوم الاحمارهم » بمنزلة أن تقول « ماجاء من القوم احد وجاءني
حمارهم » ، فلا وجه للحصر .

(وأما على التقريب الثاني) فبوجهين : احدهما أن الوصف لا مفهوم له ،
وثانيهما أن قوله تعالى « عن تراض » ليس وصفاً وانما هو خبر ، فيكون تأنيث
الفعل باعتبار الخبر الأول وهو التجارة .

ونقول : لا يتم شيء مما أورده على التقريبين :

(أما ما افاده) من أن الوصف ليس له مفهوم لاحتمال وروده لعلة اخرى
غير الانتفاء عند الانتفاء ، فهو انما يتم فيما اذا لم يكن الوصف وارداً في مقام

التحديد . مثلاً : اذا قال « ماء الكر لا ينجسه شيء » لا يدل القيد فيه على المفهوم ، وأما اذا كان في مقام التحديد فالوصف يدل على المفهوم كما بين في محله .
(وأما ما ذكره) من كون الوصف خبراً بعد خبر ، ففيه : (أولاً) أن ظاهر السباق واتصال الكلام ان يكون قيداً للتجارة لا خبراً مستقلاً كما هو الغالب ، وقد اعترف المصنف بغلبة توصيف النكرة (وثانياً) نسلم كونه خبراً ثانياً الا أن اعتبار نشوء التجارة عن تراض لم يكن مبنياً على التوصيف بل هو مستفاد من كلمة الجر ، وهي لفظ « عن » سواء كان مدخوله وصفاً أو خبراً بعد خبر - فتأمل .

فما اورده على التقريب الثاني فاسد بوجهيه ، وأما ما اورده على التقريب الأول (ففيه) أن الاستثناء المنقطع - اعني خروج المستثنى منه - غير معقول ، بداهة استهجان ان يقول احد « مارأيت احداً من العلماء الا بطيخاً » مثلاً ، بل لا بد من دخول المستثنى في المستثنى منه ولو ادعاء لكونه من توابعه ، فيصح ان يقال « ما جاءني احد من العلماء الا أولادهم » لكونهم منهم ادعاء (وعليه) فالاستثناء في الآية متصل وليس المستثنى منه فيها الأكل ولا الأموال ولا الباطل التي هي مذكورة فيها ، وانما هو محذوف قد جعل مقامه علته كما هو المتعارف كما في قوله تعالى : « وإن تكفروا فإن الله غني عن العالمين » فان العلة اقيمت مقام معلولها المحذوف وهو « فلا تحزن » ، ففي المقام أيضاً يكون المستثنى منه مقدراً ، وهو شيء من الأسباب ، فالمعنى لا تأكلوا أموالكم بشيء من الأسباب فانه باطل الا بالتجارة عن تراض ، فيكون الاستثناء متصلاً مفرغاً .

(فالصحيح) ما اورده عليه آخر العبارة من ان الخطاب في الآية متوجه الى الملاك ، فيكون المراد من التجارة واقع المبادلة لإنشاؤها ، فالمعنى لا تملكوا أموالكم بشيء من الأسباب الا بالمبادلة والتجارة المبرزة الناشئة عن تراض . ومن الظاهر أن الفضولي انما يصير مبادلة المالكين بعد الاجازة وان كان انشاؤها سابقاً ، فتكون

قوله (قده) : وأما السنة فهي أخبار ، منها للنبي المستفيض (١)

المبادلة ناشئة عن الرضا في العقد الفضولي .

(١) وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » (١)، فانه ليس المراد بلفظ « عندك » الحضور المكاني ، بداهة صحة بيع الانسان ما غاب عنه من أماله ، بل المراد به عدم تملكه للمبيع ، والنهي بما انه متعلق بعنوان المعاملة - وهو البيع - يكون ظاهراً في الفساد ، فيستفاد منه فساد البيع الفضولي .

(وفيه) ان المراد بلفظ الموصول إنما هو العين الشخصية ولا يعم الكلي أولاً لوجود الشاهد على ذلك في صدر الحديث ، وثانياً ان جواز بيع الكلي الغير المملوك حين البيع اتفاقي بين الخاصة كما انه منصوص أيضاً . (نعم) ذهب العامة الى المنع عن بيع الكلي حالاً تمسكاً باطلاق النبوي ولكنهم أجازوه سلماً ، ولذا نقض عليهم الامام بعد ما اعترف الراوي بأنهم يجوزون بيع الكلي سلماً ، لانه سلم بعدم الفرق بين بيعه حالاً ومؤجلاً اذا كان مشمولاً للنبوي ، فما ذكر في تقرير المحقق النائي من انكار العامة لبيع الكلي رأساً من سهو القلم أو من سبق اللسان ،

(وكيف كان) فالموصول كناية عن العين الشخصية (وعليه) فاما أن يراد بيع عين الغير عن نفسه ، بأن يكون هو طرف الالتزام البيعي ثم من باب المقدمة للتسليم يمضى فيشترىها من مالكها كما احتمله العلامة في التذكرة ويشهد له سؤال الراوي ، وعليه يكون أجنبياً عما نحن فيه بل يكون دليلاً على المسألة الآتية ، وعدم جواز البيع فيها منصوص مضافاً الى انه غرري ، إذ قد لا يرضى ببيعه المالك ولا بهبته الى البائع ، فهو غير قادر على التسليم كما سيتضح انشاء الله تعالى .

وأما أن يراد مجرد إنشاء البيع على مال الغير فضولة ، وعليه يكون دليلاً على بطلان الفضولي، إلا أن الإحتمال الاول هو الظاهر بقريضة السؤال ، ولا أقل من الاجال .

(١) راجع الوسائل ج ١٢ الباب ٧ من ابواب العقود ص ٣٧٣ الطبع الحديث

(وعلى فرض التنزل) وظهر النبوي في بيع الفضولي إما بالخصوص أو بالاطلاق وشموله لكل من بيع مال الغير عن نفسه وعن مالكه فالنهي الوضعي عنه انها هو باعتبار كونه بيع مال الغير ، فلا يعم ما اذا استند البيع الى المالك بالاجازة فصار بيع المالك .

(وبهذا البيان) ظهر الحال في النبوي الآخر ، وهو قوله صلى الله عليه واله « لا يجوز بيع ما ليس يملك » بعد قوله : « لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك » (١) فانه ان قرأ بصيغة المجهول يكون أجنبياً عن المقام ، لأن المعنى حيثئذ فساد بيع غير المالك كالمسك في البحر وعتق العبد قبل استرقاقه وطلاق الزوجة قبل التزويج بأن يطلقها أولاً ثم يتزوج بها ليؤثر الطلاق بعد النكاح ، وأما ان قرئ بصيغة المعلوم فيجري فيه ما ذكرناه في النبوي المتقدم .

(وعلى فرض التنزل) عن جميع ذلك وتسليم شمول النبويين للبيع الفضولي حتى بعد الاجازة لاحالة يقع المعارضة بينهما بين الأدلة الخاصة الواردة في صحة البيع الفضولي التي عمدتها صحيحة محمد بن قيس ، فان العمومات - وان لم تكن قابلة للمعارضة مع النبويين لكونها اخص مطلقاً منها - الا أن الأدلة الخاصة قابلة للمعارضة معها فيخصصان بها لأنها وردت في البيع عن المالك بعد الاجازة .

(ثم انه) قد يتخيل أن المعارضة بين الطائفتين بالتباين لتوهم اختصاص المنسح في النبوي بالبيع عن المالك ، فانه المتعارف بخلاف البيع عن نفس البائع غير مبني على اجازة المالك فانه لا معنى له ، وعليه تكون النسبة هو

(١) قد ذكر مضمون هذا في أحاديث كثيرة يذكر بعضها في الباب ٥ من

ابواب ما يحرم بالرضا من كتاب النكاح من الوسائل ص ٢٩٠ المطبوعة أخيراً ج ١٤

وبعضها في ج ١٥ الباب ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ص ٢٨٦

وبعضها في الباب ٥ من كتاب العتق ج ٣ في المطبوع قديماً ص ١٩٩ هـ

قوله (قدّه) : وما عن الحميري (١)

هو التبان (وفيه) انه مناف لما عليه سيرة الجهلاء الجارية في بيع الأموال المغصوبة والمنهوبة والمسروقة ، فان السراق يبيعون الاموال المسروقة عن انفسهم ، وهكذا غيرهم من الغاصبين ، ونهيه صلى الله عليه وآله وضعاً انما هو عن ذلك .

(وذكر) بعض المحققين من المحشين أن المعارضة تكون بالعموم من وجه ، وذلك لأعمية صحيحة محمد بن قيس عن النبوي من حيث شمولها لبيع مال الغير لنفسه أو لملكه واختصمتها عنه من جهة اختصاصها بما بعد الإجازة ، والنبوي بالعكس . ويرد عليه وجوه تنبه المستشكل لأحدها :

(الأول) ان مورد المعارضة حينئذ انما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الإجازة ، وهو خارج عما نحن فيه فعلاً ، لأننا ذكرنا في أول بحث الفضولي أن فيه مسائل ثلاث : (الأولى) بيع مال الغير للمالك مع عدم سبق النهي منه ، فكلامنا فيها لاني المسألتين الأخيرتين .

(الثاني) انه بناء على أن يختص النبوي ببيع الغير لنفسه ينتفي المعارضة رأساً لأن صحيحة محمد بن قيس مختصة بغير هذه الصورة . وإن شئت قلت : انه ينافي مبنى الاستدلال بالنبوي رأساً ، فانه كان مبنياً على شمول النبوي للبيع عن المالك والا فهو أجنبي عما نحن فيه .

(الثالث) ما تنبه اليه المستشكل ، وهو أن المعارضة بالعموم من وجه يقتضي التساقط ثم الرجوع الى العمومات والإطلاقات كـ « أوفوا بالعقود » و « أحل الله البيع فتثبت الصحة لا الفساد .

(١) بقي في المقام روايات ثلاث (١) استدلل بها على بطلان الفضولي :

(١) ذكرت هذه الأخبار في الباب الثالث من ابواب عقد البيع وشروطه من الجزء ١٢ من كتاب الوسائل ص ٢٤٨ المطبوع حديثاً .

أما صحيحة محمد بن القاسم في رجل اشترى من امرأة من آل فلان (وذكر السيد أن المراد بفلان آل عباس ولم يصرح بهم للتقية) بعض قطائعهم ، فكتب كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه (اي اعطى صكاً بقبض المال فيتمكن المشتري من منعها فيعطيا المال لو يمنعها) . قال عليه السلام : « قل يمنعها اشد المنع » فهي اجنبية عن الصحة والفساد ، بل مفادها منع الفضولي عن الثمن ، وهو أمر واضح صح البيع الفضولي أم فسد . والعجب من المصنف كيف ذكرها في المقام ، بل يمكن استشعار صحة الفضولي منها حيث علل فيها المنع بأنها باعت ما لم تملكه ، ولم يعلله بفساد البيع ، مع انه لو كان فاسداً كان الأولى التعليل به .

وأما صحيحة محمد بن مسلم الواردة في أرض بفم النيل اشتراها رجل وأهل الأرض يقولون هي أرضنا وأهل الاستاف يقولون هي من أرضنا ؟ فقال : « لا تشتريها إلا برضاء أهلها » ففادها اعتبار صدور الشراء عن رضا المالك في الشراء الحقيقي كما بيناه في الآية الشريفة ، والشراء الحقيقي في الفضولي إنما يكون بعد الاجازة . وأما كيفية مغرفة الامام عليه السلام أن الشراء لم يقع برضا المالك فما لم نعرفه .

(وأما) رواية الحميري أن الضبيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بأمره أو رضى منه ، فهي أيضاً كآلية الشريفة مفادها اعتبار الصدور عن الرضا في البيع الحقيقي دون الانشائي ، والشراء الحقيقي في الفضولي إنما يكون بعد تحقق الاجازة ولا يبعد دلالتها على صحة الفضولي لمقابلة الرضا الذي عرفت أن المراد به الرضا المبرز لا مجرد الرضا النفساني بأمر المالك ، فانه لو أريد به الرضا المقارن كان ذكره مستدر كآ ، فلا بد وأن يراد به الرضا المتأخر - أعني الاجازة - .

(وبالجمل) ففاد هذه الأخبار ليس الا علم نفوذ البيع الصادر عن غير المالك بما انه صادر من غير المالك لا بعد استناده الي المالك بقاء بالاجازة اللاحقة .

قوله (قدّه) : الثالث - الإجماع (١)
قوله (فدّه) : الرابع - مادل من العقل والنقل على عدم جواز
التصرف في مال للغير إلا بأذنه (١)

(١) ادعاه الشيخ ولكنه بنفسه خالفه في كتاب النهاية الذي قيل انه آخر
كتبه . (وفيه) أن المحصل منه غير ثابت ، وأما المنقول فعلى فرض حجية نقل
الإجماع فانما هي من باب دخوله في حجية الخبر الواحد إنما يكون حجة فيما اذا لم
نقطع بخطائه في المدرك ، كما في جملة من الإجماعات المنقولة للسيد « قدّه » فانا
نقطع بعدم تحقق الاتفاق ، مع تصريح جمع من المحققين بصحة الفضولي ، ومنهم
نفس الشيخ في النهاية .

(٢) بيان الاستدلال : ان التصرف في مال الغير بدون اذنه منهي عنه ، وبيع
مال الغير تصرف فيه عرفاً ، فيكون منهياً عنه ، والنهي في المعاملات يوجب البطلان
فيكون فاسداً . وأجاب الشيخ عنه بوجوه خمسة :

(الاول) إن العقد على مال الغير متوقفاً لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار
عليها ليس تصرفاً فيه - الخ . وهذا الجواب في غاية المثانة .

(الثاني) انه او فرض كونه تصرفاً فما استقل العقل بجوازه ، مثل الاستئصاء
والاصطلاء بنار الغير ونوره . وفيه ان كون جواز هذا التصرف من المستقلات
العقلية بحيث لا يحتاج فيه الى دليل كحسن العدل وقبح الظلم مما لأنفهمه ، فهذا
الدعوى لا معنى له . نعم ادعاء القطع بجوازه له وجه مع انه أول الكلام ، وما نرى
من عمل عامة الناس في بعض التصرفات - كدق باب دار الغير مثلاً - فن جهة
قيام السيرة القطعية على ذلك أو قيام امارة نوعية على رضا المالك لامن جهة
استقلال العقل بجوازه ، ففي كل مورد قام الدليل على جوازه أو على رضا المالك
به فهو ، والا فيكون داخلاً في عموم عدم جواز التصرف في مال الغير .

(الثالث) انه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذامن المقال أو الحال وهذا الجواب لا ينافي استدلال المستدل على الفساد موجبة جزئية .
(الرابع) أن تحريمه لا يدل على الفساد .

اقول : للمحقق النائي « قده » في المقام كلام يذكر في الاصول بطوله ، وملخصه بحيث يناسب المقام : ان النهي في المعاملة تارة يتعلق بنفس السبب بما هو كالنهي عن البيع في وقت النداء أو في اثناء الصلاة مثلاً ، واخرى يتعلق بالسبب كالنهي عن بيع الخمر مثلاً (أما الاول) فلا يدل على الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب وترتب المسبب عليه وصحته ، (وأما الثاني) فيدل على الفساد بالالتزام ، وذلك لان من شرائط صحة العقد الاختيار والقدرة ، والنهي عن الشيء يدل بالالتزام على سلب قدرة المكلف عنه شرعاً ، وحيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه ويوقعه يقع فاسداً - انتهى ملخصاً .

ولا يخفى ما فيه نقضاً وحلاً : (أما نقضاً) فيما لو كانت المعاملة واجبة - كما لو شرط بيع داره في ضمن عقد لازم أو اضطر الى بيعه لنفقة عياله مثلاً إذ سلب القدرة شرعاً لا يختص بالنواهي غايته ان النهي يسلب القدرة عن الفعل والامر يسلب القدرة عن الترك شرعاً ، ولا يمكن الالتزام بفساد المعاملات الواجبة ، ولا يلتزم به وان عطفه على المعاملات المحرمة في تقارير الشيخ الخوانساري « قده » . (وأما حلاً) فما تكون المعاملات مشروطة بها هي القدرة الوضعي أي العقلي لا التكليفي أي الشرعي ، وما يسلبه الأمر والنهي هو الثاني لا الأول . وبقيّة الكلام موكول الى محله .

(فالأولى) في تقريب اصل الجواب أن يقال أن النهي في المعاملات تارة يتعلق بنفس المعاملة - كما في النهي عن بيع الغرر مثلاً - واخرى يتعلق بعنوان آخر متحد معها وجوداً - كما في المقام - فان كان من قبيل الأول يدل على الفساد لا لما ذكره

قوله (قدّه) : وقد يستدل للمنع بوجوه آخر ضعيفة أقواها ان
للقدرة على التسليم (١)

الاستاذ النائيني « قدّه » من ملازمة النهي مع الفساد ، بل من جهة ظهور النهي
حينئذ في الفساد فيكون إرشادياً ، نظير الأمر بأجزاء المركبات ، كما نقول « اقرأ
الحمد » أو « اركع في الصلاة » فانه لا يكون امراً مولوياً بل إرشاداً الى جزئيته
في الصلاة ، وكذلك النهي عن شيء فيها كما نقول « لا تكفر في الصلاة » فانه يكون
إرشاداً الى المانعية ، وأما إن كان من قبيل الثاني فظاهر في التكلين كما هو واضح
فلا يدل على الفساد ، والمقام من هذا القبيل ، فهذا الجواب أيضاً متين جداً .

(الخامس) انه لو دلّ دلّ على بطلان البيع ، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه
وعدم استقلاله - الخ . وملخصه : ان البيع بعد الإجازة يكون بيع المالك ، ومن
هذه الجهة يكون صحيحاً لامن جهة استناده الى البائع . وهذا الجواب - وان ارتضاه
الحقق النائيني « قدّه » - ولكن فيه ما لا يخفى ، فان هذا الاشكال بعد تسليم أن نفس
انشاء البيع يكون تصرفاً منهياً عنه وأن النهي موجب للفساد ، وعليه فيكون ذات
الانشاء فاسداً وملغاة في نظر الشارع وغير قابل لترتب اثر عليه ولو بعد الإجازة ،
ولحوق الاجازة بالانشاء الفاسد لا يجدي .

(١) جوابه واضح كما ذكره « قدّه » ، ولذا ترى صحة عقد الوكيل في انشاء
العقد فقط وان لم يكن قادراً على التسليم ، فالمعتبر قدرة المالك على التسليم بل قدرة
المشتري على التسلم وان لم يكن المالك قادراً على التسليم كالمال الواقع في البحر اذا كان
المشتري قادراً على اخراجه ولم يكن البائع قادراً عليه ، وتعير الفقهاء بالقدرة
على التسليم من باب الغلبة . وبالجمله هذا الاستدلال لم نفهم له وجهاً .

(وأما الاستدلال الثاني) الذي ينسب الى السيد بحر العلوم ، وهو أن
الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره . فأجابوا عنه بأن قصد انشاء

قوله (قدّه) : المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك (١)

المعنى باللفظ الذي يعتبر في العقود موجود في الفضولي ، وقصد ترتب الأثر عليه شرعاً غير معتبر فيها بل لا يمكن قصده لكونه خارجاً عن الاختيار ومرتباً على الانشاء . نعم يمكن أن يكون داعياً له .

(هذا) ولكن الذي يقتضيه النظر أن مراد السيد « قدّه » ليس ما استفادوا من كلامه ، لأن ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه ، بل مراده أن بين قصد انشاء المعنى باللفظ وقصد ترتب الأثر عليه واسطة ، وهي اعتبار التبادر في نظره ، واعتباره بحيث يرى في عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع ودخول الثمن في ملكه وفي جانب المشتري بالعكس ، وهذا الاعتبار والقصد يكون معتبراً في صدق العقد والالتزم صحة عقد الهازل اذا تعقبه الرضا ، لأن قصد انشاء المعنى باللفظ موجود فيه أيضاً ، وهو موجود حتي في الوكيل في اجراء الصيغة فقط ، وهذا المعنى غير مقصود للفضولي .

وأصل هذا الدعوى - وان كان صحيحاً جداً - ولكن كون الفضولي غير قاصد لهذا المعنى ممنوع ، بل هو أيضاً يعتبر التبادل في نظره لكن معلقاً على اجازة المالك ، والتعليق على اجازة المالك لا يوجب الفساد في العقد لكونها مما يتوقف صحته عليها ، وتقدم أن التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعاً لا يضر .

بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك

(١) ذكروا للمنع عن صحة الفضولي مع سبق نهى المالك وجهين : احدهما من جهة عدم المقتضي فيه للصحة ، بمعنى عدم شمول الأدلة المحوزة عموماً وخصوصاً له . ثانيهما من جهة وجود المانع فيه عن الصحة ، وهو النهي الدال على الكراهة

الموجودة حال العقد أو بعده واو آنأ ما قبل الاجازة ، بناء على انه لايعتبر في الرد سوى الكراهة الباطنية في العقد فيقع الكلام في كل من الجهتين :

(أما الجهة الأولى) فنقول : لاريب في شمول العموم والاطلاقات اهما ، لأنه لامانع من شمولها له الاعدم استناده الى المالك وبالاجازة يستند اليه . وأما الأدلة الخاصة التي استدل بها الشيخ « قده » في المقام فرواية عروة البارقي اجنبي عنه ، لأنه لم يكن مع نهيه صلى الله عليه وآله وسلم ، وصحيحة محمد بن قيس فلا يمكن الاستدلال بها للمقام من جهة ترك استفصال الامام عليه السلام ، لأن مورد السؤال هو صورة عدم اذن المالك لا نهيه ، ولذا قال السائل : « وليدتي باعها ابني بغير اذني » ، وعدم الاذن - وان كان لاينا في المنع - ولكن ظهوره فيه لاينكر . وأما رواية باب المضاربة فان موردها وان كان مسبقاً بنهي المالك لكن عرفت انها أجنبية عن بيع الفضولي . وأما الروايات الواردة في بيع مال اليتيم فلا ربط لها بالمقام لعدم سبق المنع عن المالك أو الولي هناك .

(نعم) لامانع من التمسك بما دل على جواز نكاح العبد بدون اذن سيده ، بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فاذا اجاز جاز ، فان عصيان السيد يصدق مع نهيه وان كان الواقع في مورد الرواية هو التصرف بدون اذنه ، ولكن عموم العلة كاف لنا ، لأن شأن العلم التوسعة والتضييق . وكيف كان فالعمومات وهذه الرواية تكفي للصحة .

(وأما الجهة الثانية) فأصل مسألة ان الرد مانع عن لحوق الاجازة محل منع ، لأنه لا دليل عليه سوى استحسانات لفقها الشيخ « قده » والاجماع المنقول ، وسيجيء الكلام فيه انشاء الله تعالى .

(هذا) مع ان الاجماع لو سلمنا حججته فالمتيقن من مورده صورة انشاء الرد لا مجرد الكراهة الباطنية كما في المقام ، وما ذكره الشيخ « قده » تأييداً لكفاية الكراهة

قوله (قدّه) : المسألة الثالثة - أن يبيع الفضولي لنفسه (١)

الباطنية في صدق الرد من حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد حملة المحقق النائي « قدّه » على المعاملة الخيارية في زمان الخيار ، فانه بانكار الوكالة ينفسخ العقد ، لأنه لا يعتبر في أعمال الخيار زائداً على اظهار الكراهة لفظ مخصوص ، ولكن هذا الحمل على الظاهر غير وجيه فنقول :

إن انكار الوكالة يتصور على قسمين : لأن الموكل تارة يكون في مقام رد أصل الشراء ، وعلى هذا يكون الترافع والحلف أقوى مظهر للكراهة ويكون انشاء الرد وبه ينفسخ العقد ، لكنه خارج عن محل الكلام ، لأنه انشاء الرد لا مجرد الكراهة ، وأما ان لم يكن المدعي وكالته في مقام رد أصل الشراء بل يريد دفع تنجز الشراء عليه فعلاً حتى يتفكر في أن مصلحته الرد أو الاجازة فلا نحكم بانفساخ العقد حينئذ بل يبقى معلقاً على اجازته ، والمتيقن من مورد كلامهم هو الأول (فتحصل) أن المعاملة الفضولية مع سبق النهي من المالك صحيحة من جهة وجود المقتضى وعدم المانع .

بيع الفضولي لنفسه

(١) اقوى مايتوهم مانعيته عن صحة بيع الفضولي لنفسه امران كلاهما مبتنيان على أن يكون عنوان البيع متقوماً بدخول الثمن في كيس من خرج عن كيسه المثلثين والمعوّض (وبعبارة أخرى) يكون حقيقته تبديل طرفي الاضافة في الملكية : احدهما عدم انشاء المنشئي حقيقة البيع . ثانيهما عدم لحوق الاجازة بما انشأ لواجاز المالك البيع لنفسه لا للمنشيء (وبعبارة أخرى) لواجاز البيع لنفسه لا يصح ، لأنه اجازة لما لم ينشأ

ولو اجازته المنشيء لم يصح أيضاً لأنه اجاز ما ليس قابلاً للاجازة لعدم وقوعه .
(هذا) وتحقيق المقام أن نقول : ان بيع غير المالك - سواء كان غاصباً او غير غاصب - لنفسه يتصور على أقسام أربعة :

(القسم الأول) : أن يبيع لنفسه ، بمعنى انه يكون غايته وداعيه من البيع للمالك التصرف في الثمن كما كان يتصرف في المثلث في بيع الغاصب مثلاً ، ويتفق بالنسبة الى غير الغاصب أيضاً ، كأن يحتاج الشخص في الغربة الى الثمن فيبيع دار صديقه علماً بأنه يجيزه ليتصرف في ثمنه ، فهذا القسم مما لا اشكال فيه ، لأن المنشيء قصد حقيقة البيع ويلحقه الاجازة بلا شبهة .

(ويقابله القسم الثاني) : وهو أن يبيع لنفسه ويقصد دخول الثمن في كيسه حقيقة من دون بناء على ملكيته للمثلث ، كما يتحقق ذلك في بيع الغاصبين كالسارق مثلاً . وهذا القسم على مبنى العلامة « قده » ومن تبعه يكون باطلاً غير قابل للاجازة لا للمالك ولا للمنشيء ، وأما بناء على ما حققناه وبنينا عليه في بيان حقيقة البيع من أنه ليس الا اعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس لما يرد على العلامة ومن تبعه من النقض ببيع الكلي وبيع الأوقاف والزكوات وأمثال ذلك فلا اشكال في صحته ، وانه يقع للمالك اذا أجاز ، ومجرد اقتران الانشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة .

(القسم الثالث) ان يكون البيع لنفسه بالبناء على انه مالك ادعاء وعدواناً ، وفي هذا القسم أفاد الشيخ « قده » بأن هذه الحثية - اي حثية الملكية - تكون دخيلة في تملك الثمن ، فالبايع يقصد دخول المعوض في كيسه بما انه مالك ادعائي وما يعرض للشيء من حثية تقييدية يكون ثابتاً لنفس تلك الحثية ، فالمسند اليه الملك حقيقة هو المالك ، الا أن الفضولي لما بنى على انه المالك للمثلث اسند ملك المثلث الى نفسه ، وعلى هذا فالمنشأ هو التملك المسند الى المالك ، فيصح أن يلحقه الاجازة ويقع

للمالك - انتهى .

وفيه : أن كون هذه الحيشة حيشة تقييدية أول للكلام ، بل يكون من قبيل الدواعي وحشيات تعليلية كما هو للظاهر ، فان البائع لا يبيع المال بما انه مالك (هذا) مع ان الشيخ « قده » اراد بما افاد دفع الاشكال عن مطلق البيع الفضولي لنفسه ، ولا يتم ما اراد ، لأن ما افاده يختص بما اذا كان البائع بانيا على الملكية وقصد الحيشة التقييدية ، لأنه لا بد وأن يقصد حتى يقع للمالك الواقعي ، فان مجرد البناء والاعتقاد بالملكية مع عدم قصد الحيشة لا يوجب وقوعه لحيشته .

(نعم) يمكن تصحيحه على مبني العلامة ومن تبعه ببيان آخر ، وهو أنه - ولو لم تكن الحيشة تقييدية بل كان من الدواعي كما هو الصحيح - ولكن حيث يبيع لنفسه بانيا على الملكية فانشاؤه بالمطابقة يدل على تملكه للمعوض اذا كان بمثل تملكته وامثال ذلك ، وبالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور - أي دخول العوض في كيس من خرج عنه المعوض - فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فتقع المبادلة له .

(القسم الرابع) أن يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس قوله « بعث » بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتين : احدهما انشاء الملك فضولة ، وثانيهما انشاء البيع لنفسه (وبعبارة اخرى) ينشأ التملك وينشأ البيع لنفسه مترتا عليه معلقا على اجازة المالك ذلك التملك ، نظير انشاء بيع شيء لو كان ملكه وان يقول : إن كان هذا الشيء لي فبعته إياك بكذا ، والتعليق على هذا الأمر - يعني اجازة المالك ذلك التملك - لا يضر بصحة البيع ، لتوقف صحته عليه واقعا كما عرفت سابقا .

(وفي هذا القسم) لو أجاز المالك التملك يقع البيع للمنشيء لا للمالك ، كما لو أذن له المالك بالبيع لنفسه ، فانه أيضا انشاء ضمنى للتمليك فيقع البيع له

قوله (قده) : ثم ان مما ذكرنا - الى أن يقول - يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري (١)

وفي ملكه . وما أورده الشيخ « قده » على هذا القسم بقوله : « لأن الأذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته » غير وارد على ما ذكرنا ، لأن الظاهر أن إرادته - وهو عدم تأثير الاذن والاجازة في التملك - مبني على كون التملك بمعنى البناء على الملكية فقط من دون انشاء للملك ، فانه حينئذ غير قابل للاجازة ، لأن الاجازة إنما يلحق المنشأ لامبني عليه الغاصب (وأما بناء) على ما ذكرنا من انه بنفس قوله « بعث » ينشئ الملك ضمنا فلحوق الاجازة به لا بأس به ، وكذلك لو اذن البائع بتملكه وانشاء التملك ضمنا يصح بلا اشكال ، وكان الشيخ « قده » غفل من أن نفس البيع لنفس انشاء للملك ضمنا وتخيل انه مجرد البناء على الملكية ، ولذا أورد عليه بأن الاذن لا يؤثر التملك - اي مجرداً من دون تحقق انشاء للملك - فكيف بالاجازة - أي المجردة - فتأمل .

(١) ملخص الاشكال : ان الأصحاب حكموا فيما اذا كان الأصيل في البيع عالماً بكون طرفه غاصباً وانه يبيع لنفسه ومع ذلك باعه وسلطه ليس له الرجوع الى الغاصب لورد المالك البيع ، وللازم هذا الحكم أن الغاصب بمجرد تسليط الأصيل إياه يكون مالكا لما سلطه عليه ، فلا يبقى مورد للحقوق الاجازة ، لأنه بتسليطه خرج المال عن ملكه فلو أجازة وصح يكون يبيعا بلا ثمن ، وهذا ينافي حقيقة البيع فلا بد وأن يكون باطلا .

هذا تقريب اصل الاشكال ، وأفاد الشيخ « قده » في دفعه اموراً ثلاثة :
(اولها) أن هذا الاشكال يتوجه على من يلتزم بهذا الحكم ، وهذا أول الكلام بل .
مقطوع العدم لعدم الدليل عليه (ثانيها) انه بناء على تسليم هذا الحكم انما يصح اذا كان التسليط مطلقاً لامراعى على اجازة المالك (ثالثها) ان الاشكال انما يتوجه

قوله (قدّه) : بقي هنا امران : الأول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو في ذمة الغير (١)

على النقل ، لأنه حينئذ يكون المال منتقلاً الى الغاصب قبل انتقاله الى المالك المحبذ وأما على الكشف فالاجازة تكشف من أن التسليط كان لغواً وتسليطاً لمال الغير . (اقول) ما افاده أولاً وثانياً في غاية المتانة ولكن هذا الوجه الأخير لانفهمه ، لأن الكشف الذي يمكن أن نلتزم به انما هو الكشف الحكمي أو اشتراط الاجازة بنحو الشرط المتأخر ، أو اشتراط وصف التعقب وأمثال ذلك ، وعلى هذا فقبل حصول الاجازة لا ينتقل المال الى المحبذ ، فيكون تسليط المالك تسليطاً في ملكه (نعم) على الكشف الحقيقي وعدم تأثير الاجازة في حصول الملكية اصلاً وبأي وجه يتم ما ذكره ، ولكن لا يمكن الالتزام به . ولا يخفى ان هذا الاشكال انما يصح بناء على أن يكون البيع جائزاً من طرف الأصيل .

بيع الفضولي في الذمة

(١) وأيضاً لا فرق بين أن يكون الكلي ديناً في ذمة الغير أو لم يكن كذلك ، كأن يشتري لزيد بعشر قرانات يكون له على ذمة عمرو وتعيين الذمة تارة يكون باللفظ وذلك واضح ، واخرى بالقصد - اي بقصد الفضولي - وبعد تعيينه الذمة يقع العقد له بحسب طبعه ما لم يقبذ ، فان كان التعيين بالقصد وأجاز صاحب الذمة فلا كلام ، وان رد وادعى طرف الأصيل كذب الفضولي وحلف نفي علمه بالفضولية هل يقع البيع للفضولي واقعاً أو ظاهراً أو يبطل اصلاً ؟ وجوه سيأتي التعرض لها .

ثم لو أضاف الكلي الى ذمة شخص واشترى به لنفسه أو باعه لنفسه أو

اضاف الكلي الى ذمته واشترى به لغيره ، ففي الصورة الثانية احتمل الشيخ البطلان واحتمل إلقاء احد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو لغيره ، وفي الصورة الأولى احتمل وقوع البيع أو الشراء للغير ، وصاحب الذمة اذا أجازته بعد تصحيحه بالبناء على المالكية وجعل الحيثية تقييدية كما مر الكلام فيه ، واحتمل الصحة ووقوعه لنفسه بإلغاء قيد ذمة الغير لان تقييده بكونه لنفسه يوجب إلقاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير . ثم قال : والمسألة تحتاج الى تأمل .

(أقول) إلغاء ذمة الغير لكونه منافياً لتقييده بكونه لنفسه مالا نتعقله ، وذلك لأن العاقد انما قصد البيع لنفسه بكيفية خاصة ، وهو أن يكون ثمنه في ذمة زيد ولم يقصد البيع الذي يكون ثمنه في ذمته ، فيكون هذا من أظهر أفراد وقوع ما لم يقصد (وكيف كان) التحقيق أن الأقسام الأربعة بعينها تجري في المقام من دون تفاوت ، سوى الوجه الأخير منها ، وهو أن يكون انشاء البيع لنفسه انشاء للتملك اولا وانشاء للبيع مترتباً على ذلك ، فان تملك ذمة الغير لا يمكن بالاذن السابق فكيف بالاجازة اللاحقة . وأما باقي الأقسام فتجرى : أما القسم الأول فواضح ، وكذلك القسم الثاني ، وأما القسم الثالث فكمن يبني على تملك الكلي على ذمة الغير اعتقاداً أو عدواناً كالمقامر ونحوه ثم يوقع البيع على ذلك الكلي بعنوان انه مالك فيجري فيه ما ذكره الشيخ «قده» من كون الحيثية تقييدية ، وما ذكرناه من الدلالة الالتزامية على المبادلة كما مر ، فعلى مبنانا يصح البيع ويقع للمالك لو كان من القسم الثالث ، اما لما ذكره الشيخ أو لما ذكرناه ، ولا وجه لإلغاء قيد ذمة الغير ووقوعه للعاقد .

(وأما الصورة الثانية) وهو مالو اشترى للغير بمال في ذمته فعلى مبنانا يقع للغير ولكن يحتاج الى إجازته ، لأن تملك الغير من دون اذنه وإجازته يخالف لتسلط الناس على انفسهم ، وأما على مبنى غيرنا فيقع باطلا ، فلا وجه أيضاً لما احتمله

قوله (قدّه) : الا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا العقد وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي (١)

الشيخ « قدّه » من إلغاء أحد القيدین وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير .
 (١) فيما لو ادعى أحد المتبايعين انه قصد إضافة الكلي الى غير من قصده الآخر ، فاما ان يكون مصدقاً ويصدقه الطرف الآخر فيكون البيع باطلاً لأن كلا منهما قصد غير ما قصده الآخر ، الأول يصدقه الآخر ويرجع امرهم الى الترافع فتارة كل منهما يكذب الآخر - مثلاً : البائع يدعى أن المشتري قصد الشراء لنفسه بذمته وهو أيضاً قصد البيع له بمال في ذمته والمشتري يدعي انه اشتراه للغير فضولا وقصد اضافة الذمة اليه والبائع أيضاً قصد هذا الذي قصده - فهذا الفرض يكون من باب التداعي ويدخل في ذلك الباب ، واخرى أن المدعي للفضولية سواء كان بائعاً او مشترياً لا ينكر أن طرفه قصد نفسه وأضاف الكلي اليه - كما هو ظاهر كل عقد في حد نفسه - ولا يدعي انه قصد الغير الذي هو قصده حسب ادعائه ، ولكن يدعي انه هو لم يقصد ما هو ظاهر العقد ، وما قصده البائع من اضافة الكلي الى نفسه وإيقاع العقد له بنفسه ، بل قصد اضافة الكلي الى غيره على خلاف ما قصده طرفه ولكن الطرف ينكر ما ادعاه من الفضولية (في هذا الفرض) المدعي هو الطرف الذي يدعى الفضولية ، لمخالفة قوله لظاهر العقد وأصالة الصحة ، لأنه على ادعائه يكون العقد باطلاً وعلى قول طرفه يكون العقد صحيحاً ، فالقاعدة تقتضي في هذا الفرض لزوم إقامة البينة على المدعي للفضولية ، وحيث ان القصد امر قلبي لا يمكن اقامة البينة عليه تصل التوبة الى حلف المنكر ، فلا بد وان يحلف المنكر على عدم قصد طرفه للفضولية لاعلى عدم العلم كما افاده الشيخ ، لأن عدم علمه لا ينافي قصده وحيث لا يتمكن المنكر من الحلف على عدم قصده للفضولية لكونه امراً قلبياً فلا محالة يرجع الحلف الى المدعي ، فيحلف ويحكم ببطالان العقد .

قوله (قدّه) : وان كان في اللزمة لغيره واطلق اللفظ (١)

(هذا) ما تقتضيه القاعدة في هذا الفرع ، فإفاده الشيخ « قدّه » من أنه لو لم يصدقه وحلف على نفي العلم حكم له على الفضولي بظاھرہ لا ينطبق على القواعد .
(١) يمكن حمل كلام العلامة بحيث ينطبق على القواعد على ما إذا كان المشتري مثلاً يشتري شيئاً بمنّ من الحنطة ويلتزم هو بأدائه إما من مال زيد فيكون الشراء له ، وإما من ماله فيكون الشراء لنفسه ، ولكن الملتزم للأداء هو لزيد ، وينحل هذا الشراء إلى شرائين طولاً ، فيشتري للغير فإن أجاز يقع له والا فيشتري لنفسه .

(ولا يقال) إن هذا التعليق موجب لبطلان العقد لوجهين : (الأول) أن المعلق عليه مما يتوقف عليه صحة العقد واقعاً (الثاني) أن الدليل على مانعية التعليق في البيع هو الإجماع ، والمتيقن منه غير مورد التعليق بهذا النحو - أي إنشاء بيعين مترتباً وطولاً - وكيف كان لا دليل على بطلان هذا العقد ، ولا مانع من شمول الأدلة له ، وعلى هذا لو أجاز ذلك الشخص يقع له والا يقع للعائد .

وكلام السيد « قدّه » في الحاشية إن كان ناظراً إلى ما قلنا فتيّن ، وإن كان مراده أن العاقد من جهة أنه لم يعين إضافة الكلي إلى نفسه وإلى غيره وقصد وقوع العقد للغير يقع له لورده الغير فما لانعقله . (ولا يخفى) ما في كلامه « قدّه » من الإقلاق ، وتصدي المحقق النائيني « قدّه » لتطبيقه على القاعدة بوجهين :

(أحدهما) أن يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال في ذمته ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير ، وحينئذ فإن أجاز الغير التولية يكون العقد له والا يكون للعائد . وفيه أن هذا خلاف الفرض ، لأن المفروض أنه لو أجاز ينتقل المال من مالكه إليه لا أنه لو أجاز ينتقل المال من ملك العاقد إليه وعلى التولية ينتقل المال من ملكه إلى العاقد ومنه إلى المحيز .

قوله (قدّه) : الظاهر انه لافرق فيما ذكرنا من اقسام بيع للفضولي بين البيع للعقدي والمعاطاة (١)

(وثانيهما) أن يكون مراده وقوع البيع للغير وقصد اضافة الكلي الى ذمة الغير ، غايته انه ضمن ذمة الغير بناء على أن لا يكون الضمان موجبا لانتقال المال الى ذمة الضامن - كما عليه العامة - فيكون كل منها ضامنا بنحو الطولية . ثم صحح ضمان ما لا يجب بما افاده « قدّه » ، وفيه : (أولا) انه على هذا يلزم على الضامن اداء المال لو أجاز العقد من وقع له البيع ولم يؤد المال ، وأما لو لم يجز العقد فلا معنى لكون الضامن ملزما ولا لوقوع البيع له (وثانياً) انه لو أجاز ولم يؤد المال لابد وأن يلتزم بأن الضامن ملزم بأدائه .

جريان المعاطاة في الفضولي

(١) ملخص الكلام : انه هل يجري الفضولي في بيع المعاطاة مطلقا أو لا يجري مطلقا أو يفصل ؟ التحقيق هو التفصيل ان كان قصد المتعاطين مجرد الاباحة للتصرفات لا الملكية ، فلا يجري فيها الفضولي ، وذلك لأن الاباحة المالكية يكون تمام المؤثر لها نفس رضا المالك من دون حاجة الى الانشاء . وعليه فلا يترتب إعطاء الفضول بقصد الاباحة شيء أصلا ولا يدخل تحت عنوان من العناوين بل تترتب الاباحة على رضا المالك بعد حصوله ، سواء كان مسبقاً باعطاء الفضول ام لم يكن . (نعم) لو قلنا بلزوم الاباحة الحاصلة من المعاطاة - ولو قصد الاباحة لا الملكية - يمكن أن يكون للإعطاء دخل في اللزوم ، لكنه غير مربوط بأصل الاباحة ، وان قصدا به الملكية وقلنا بترتبه عليه - كما تقدم تفصيله - فالظاهر جريان الفضولية فيه لأنه انشاء فعلي .

وغاية ما يمكن أن يرد عليه وجهان :

(الأول) : ما ذكره الشيخ « قده » ، وهو كون الاعطاء منهياً عنه .
وجوابه واضح ، وهو انه يمكن فرضه فيما لم يكن منهياً عنه أولاً - كما فيما
اعتقد الفضول انه ملكه أو انه مأذون في التصرف فبان خلافه مثلاً ، أو
كان المالك راضياً بذلك ، بناء على عدم خروجه بذلك عن الفضولية . - وثانياً ان
النهي في المقام غير دال على الفساد لتعلقه بعنوان يتحد مع الاعطاء ، وقد تقدم أن
النهي المتعلق بالمعاملة والمسبب بواسطة عنوان آخر لا يدل على الفساد فكيف بما اذا
تعلق بنفس السبب ، كما في المقام .

(الثاني) : ما افاده المحقق الثاني « قده » ، وملخصه : ان الاجازة إنما
تتعلق بما يكون قابلاً للبقاء ، كما في البيع الغير المعاطاة ، فانه بالعقد الذي هو بيع
بالمعنى المصدري يتحقق امر قابل للبقاء والاستمرار - أي تبديل طرفي الاضافة -
ويعبر عنه باسم المصدر ، ويلحق الاجازة ذلك الأمر الباقي اعتباراً ، وأما الاعطاء
الخارجي فليس الا تبديل مكاني ، ولا ينقل اسم المصدر فيه عن المصدر ، بمعنى
ان اسم مصدر الاعطاء ليس الا العطاء الخارجي ، وهذا غير قابل الانفكاك عن
الاعطاء ، ولهذا لا يكون مصداقاً للبيع ، فلا يبقى مورد للإجازة ولا يعمه أدلة البيع -
انتهى .

(وفيه) مامر في المعاطاة من انه مصداق للبيع حقيقة ، ولا فرق بين الانشاء
أن يكون بالفعل او بالقول ، كما ان الأخبار يمكن أن يكون بالقول تارة وبالفعل
اخرى . وأما على القول بأنه مفيد للإباحة الشرعية مع قصد المالك فافاد الشيخ
« قده » امكان القول بالبطلان لوجهين : (احدهما) : انه على خلاف القاعدة
فيقتصر على المتيقن وهو صورة تعاطي المالكين (ثانيهما) : أن حصول الاباحة
قبل الاجازة غير ممكن .

(أما الوجه الأول) فكما افاده « قده » الاباحة على خلاف القاعدة ، ولكن قد تقدم في المعاطاة عند نقل استبعاد بعض الأساطين بقوله : إن القول بالاباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطين التملك مستلزم لتأسيس قواعد جديدة - الخ . ان العقود تكون تابعة للقصد ، والتصرف لا يكون من الملكات ، بل المعاطاة بنفسه يفيد الملكية ، غايته يكون مشروطاً بالتصرف المتوقف على الملكية ، كما في اشتراط بيع الصرف بالقبض وتوقفه عليه .

(وبعبارة اخرى) المعاطاة مقتضاه الملكية من حينه ، ولكن بالاجماع نرفع اليد عما اقتضاه ونخصه الى ما قبل التصرف . نعم في هذه المدة ثبتت الاباحة الشرعية على خلاف القاعدة - فراجع ما ذكرناه هناك - . (وعليه) فافادته للملكية حين التصرف المتوقف على الملك يكون على وفق القاعدة ، فلا مانع من جريان الفضولي فيه من هذه الجهة لامن جهة الاباحة الشرعية الثابتة الى زمان حصول الملك على خلاف القاعدة .

(وأما الوجه الثاني) فان كان مراده عدم قيام الدليل على حصوله قبل الاجازة فتين ، وان كان مراده عدم الامكان - كما هو ظاهر عبارته - فلا نفهم وجهه .

(وبالجملة) شمول المطلقات للمعاطاة اذا وقع فضولياً مما لا ريب فيه ، وأما الأدلة الخاصة الواردة في الفضولي فلا يمكن الاستدلال بها للمقام اصلاً : أما رواية عروة فهي في قضية خاصة يحتمل أن يكون بيعه بغير نحو المعاطاة ، بل هو الظاهر بمقتضى لزوم حمل فعل المؤمن على الصحة ، بناء على عدم صحة المعاطاة ، ولا يكون في الرواية ما يظهر منه وقوعه بنحو المعاطاة (والعجب) منه قدس سره كيف ذكرها مؤيدة .

(وأما رواية) محمد بن قيس وترك استفصال الامام عليه السلام فلا تدل

قوله (قدّه) : للقول في الاجازة وللد (١)

على صحة المعاطاة ، ولذا لم يسأل الامام من أن هذا البيع وقع غررياً ام لا ، ولا من انه وقع بلفظ الماضي ام بغيره الى غير ذلك (والسر) في ذلك أن جهة السؤال لا بد وأن يجاب عنه ويفرض المسؤول عنه صحيحاً من غير جهة السؤال بمقتضى الحمل على الصحة .

هذا تمام الكلام في جريان المعاطاة في الفضولي .

الكلام في الاجازة

(١) بعد ما ثبتت صحة عقد الفضولي وكون الاجازة اللاحقة كالاذن المقارن للعقد، يقع الكلام في كونها ناقلة أو كاشفة ، بمعنى أن العقد السابق الفضولي هل يكون كالعقد الصادر حين الاجازة ، فتكون النتيجة هو النقل ، أو أن الاجازة اللاحقة تكون كالاذن المتحقق حين العقد، فتكون النتيجة هي الكشف؟ المشهور على مانسبه اليهم المهرة من اهل الخبرة هو الكشف .

(فنقول) قديقال كما قيل على الكشف المتأخر : بأن الاجازة المتأخرة ليست الا اماره معرفة عن صحة العقد من حين تحققه ، من دون أن يكون لها أي تأثير في صحة العقد السابق ، وعليه فالقول بالكشف الحقيقي - وان كان ممكناً - الا انه مخالف لظاهر الأدلة ، كقوله تعالى « الآن تكون تجارة عن تراض » فان ظهوره في اعتبار صدور العقد عن الرضا وشرطية الرضا في صحة العقد مما لا ينكر ، وهذا يناقض القول بكون الرضا اماره محضة .

(وربما يقال) بأن الاجازة المتأخرة بنفسها تكون مؤثرة في صحة العقد السابق وانها شرط لصحة العقد كما هو ظاهر الأدلة ، الا أن الشروط الشرعية ليست

كالشروط العقلية بحيث يستحيل فيها تأثير اللاحق في السابق ، فيمكن أن يكون الأمر المتأخر أو السابق شرطاً مؤثراً في الأمر السابق أو المتأخر ، كما وقع ذلك في موردین :

(احدهما) : غسل المستحاضة ، فان الواجب عليهما اغسال ثلاثة ، وقيل بشرطية غسلها للعشاء في صحة صومها في النهار . وهذا القول - وان كان شاذاً - الا ان اعتبار غسلها وقت الفجر في صحة الصوم غير قابل للانكار ، والأقوى أن تغتسل بعد دخول الفجر لاقبله كما افق به السيد في العروة . وعلى أي تقدير يكون غسل المستحاضة إما قبل دخول الفجر أو بعده دخيلاً في صحة الصوم .

(ثانيهما) اجزاء العبادات التدريجية كالصلاة ، فان الجزء اللاحق كالتسليمة دخيل في صحة الجزء السابق كتكبيرة الإحرام ، فانها انما تكون مصداقاً للمأمور به ومسقطاً للأمر فيما اذا لحقها بقية الأجزاء ، فليكن المقام من هذا القليل (وفيه) ما لا يخفى ، فانه لا فرق بين أن يكون المشروط أمراً خارجياً او يكون أمراً شرعياً في استحالة تأثير المعلوم اصلاً كما افاده المصنف . وفي المثالين لا بد وأن يكون المؤثر هو وصف السبق أو اللحق ، فانه مما يتفاوت به الأغراض والرغبات في الأمور العرفية أيضاً .

(نعم) هناك احتمال ثالث يعقل عليه القول بالكشف ثبوتاً ، وهو أن يكون الشرط هو وصف التعقب بالرضا لانفسه ، وعليه يكشف لحوق الاجازة عن كون العقد السابق واجداً لشرائط الصحة من حين حدوثه . ومن هنا ذهب بعضهم الى جواز ترتيب آثار الصحة على العقد قبل لحوق الاجازة فيما اذا علم بتحقيقه فيما بعد ، الا انه لا دليل على كفاية وصف التعقب بالرضا في صحة العقد ، بل ظاهر الأدلة اعتبار نفس الرضا المبرز كما عرفت .

(وقد أغرب) بعض الأعلام في المقام حيث ذهب الى الكشف ، بدعوى

قوله (قدّه) : واستدل عليه كما عن « مع صد » و « ضة » (١)

ان الاجازة اللاحقة كاشفة عن اقتران العقد بالرضا التقديري ، اي لو علم المالك به كان راضياً (وفيه) أولاً أن ظاهر الأدلة اعتبار الرضا الفعلي ، بل الرضا الفعلي ايضاً غير كاف مالم يبرز كما عرفت فضلاً عن التقديري . وثانياً ان هذا الدليل أخص من المدعي ، فانه قد لا يكون المالك راضياً بالعقد حين تحققه ثم يرضى به بعدمدة ، فان البداء مستحيل في حقه تعالى لافي المخلوقين ، فالكشف الحقيقي بجميع احتمالاته فاسد .

(١) استدلل المحقق والشهيد الثانيان على الكشف بوجهين :

(الأول) ان السبب التام للملك هو العقد ، لعدم قواه تعالى : « أوفوا بالعقود » ففي الفضيولي بالاجازة يتبين تمامية العقد (وفيه) انها لو ارادا من كون العقد سبباً تاماً للملكية ان مجرد العقد هو السبب لها ولولم يكن مقروناً برضا المالك فهو واضح الفساد على ما عرفت سابقاً ، مضافاً الى ان لازمه عدم الحاجة الى الاجازة حينئذ ، وصحة عقد الفضيولي ولولم تلحقه الاجازة راساً ، وان ارادا أن الشرط للصحة هو وصف التعقب فاذا تحققت الاجازة يتبين حصوله من حين تحقق العقد فهو مصادرة ، وقد عرفت عدم قيام الدليل على شرطية وصف التعقب .

(الثاني) أن الاجازة من الأمور المتعلقة ، فلا محالة تتعلق بالعقد السابق وليست كالقبض مما لا تعلق له الا بالمقبوض الخارجي ، فهي رضا بالبيع السابق بالمعنى الاسم المصدري ، اعني المبادلة بين المالكين من حين تحققه ، فكأن مضمون البيع هو المبادلة المقيدة بالزمان السابق ، وتعلق الاجازة والرضا بهما يقتضي حصولها من حينه . (وقد أورد) عليه المصنف وتبعه بعض الأعلام منهم المحقق الثاني « قدّه » بوجهين :

(احدهما) ان مضمون البيع ليس الا انشاء طبيعي المبادلة من بين المالكين

لالمبادلة المقيدة بزمان خاص والا لزم القول بثبوت الملكية من حين الإيجاب فيما اذا كان القبول متأخراً ، لأنه أيضاً رضى بالإيجاب السابق (نعم) بما ان الانشاء امر زماني يقع في الزمان فالمنشأ أيضاً يكون متحققاً من زمان تحقق الانشاء ، لا انه مقيد بالزمان ، فتعلق الاجازة ليست بالمبادلة المقيدة بالزمان السابق .

(ثانيهما) انه ولو سلم تقييد مضمون البيع بالزمان السابق وتعلق الاجازة بالأمر للمقيد الا ان المعتبر هو امضاء الشارع ، ومن الظاهر أن الامضاء الشرعي انما يكون بعد تحقق الاجازة لاقبلها ، لأن العقد بعد الاجازة يستند الى المالك ، وأما قبلها فهو اجنبي عنه ، فلا تعمه ادلة الصحة ، فتكون الملكية ثابتة من زمان الامضاء الشرعي لامن زمان الانشاء .

(ونقول) لا بد من النظر فيما اورده المصنف على العلمين : (أما الوجه الاول) فهو انما يتم بناء على القول بأن الانشاء عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ ، فانه حينئذ يمكن أن يقال بأن متعلق الايجاد غير مقيد بالزمان وانما يتحقق الموجد في زمان تحقق الايجاد ، فيكون الزمان ظرفاً له ولا يمكن أن يكون قيداً . ولكنك عرفت فساد المبني وان الانشاء انما هو عبارة عن ابراز الاعتبار النقساني ، ومن الظاهر - كما بيناه في محله - أن المعتبر يستحيل فيه الاهمال ثبوتاً ، فيدور أمره بين الاطلاق والتقييد وتقييد الملكية بزمان خاص واضح الفساد ، بل التقييد من خاص مخالف للإجماع في البيع ، فلا بد من الاطلاق - بمعنى لحاظ الخصوصيات ورفضها - فيثبت الاستمرار ، فيكون المنشأ في البيع اعتبار الملكية المستمرة لامقيدة بالاستمرار بل بمعنى رفض الخصوصيات ، فاذا تعلقت الاجازة بها والمفروض نفوذها لا بد وان تثبت الملكية من حين صدور العقد ، ويتضح ذلك بالنظر الى الاجازة (وأما التخص) في القبول ففي غير محله ، فان الإيجاب يكون معلقاً على لحوق القبول دائماً سواء ذكر التعليق في اللفظ أو لم يذكر ، فلا يترتب عليه الأثر المالم يتحقق القبول ،

وهذا بخلاف الاجازة ، فان المنشأ في العقد الفضولي غير معلق عليها غالبا ، خصوصا فيما اذا كان العاقد بائنا على كونه مالكا إما خطأ أو عدوانا (نعم) قد يعلق عليها وهو خارج عن محل الكلام .

(وأما الوجه الثاني) ففيه أن دلائل الامضاء - وان لم يكن شاملا لعقد الفضولي الا بعد لحوق الاجازة - الا انه لا مانع من كون الامضاء المتأخر متعلقا بأمر سابق كما يمكن عكسه ، ففي باب الوصية يكون الامضاء سابقا والمضى هي الملكية المتأخرة ، وفيما نحن فيه يكون الإمضاء متأخراً والمضى هي الملكية السابقة . (وبالجمللة) ملخص الوجه الثاني الذي استدلل به المحقق والشهيد الثانيان على الكشف هو أن الاجازة تتعلق بمضمون العقد السابق ، وهي الملكية من حين العقد فاذا كانت الاجازة نافذة - كما هو المفروض - لا بد من ثبوت الملكية السابقة ، وذكرنا ان المصنف أورد عليه بوجهين :

(احدهما) مضمون العقد السابق ، اعنى الملكية ، لم تكن مقيدة بالزمان وانما كان الزمان السابق ظرفا لها (وقد أجبنا عنه) بأنه لا واسطة بين الاطلاق والتقييد فاذا لم تكن الملكية المعتبرة مقيدة فلا بد من الاطلاق واستمرارها من حين حدوث العقد ، ولا تقاس الاجازة بالقبول ، فان القبول مقدم على العقد بخلاف الاجازة . (وثانيهما) أن الاجازة - وان تعلقت بالملكية من حين العقد - الا أن المضى شرعا انما هي الملكية المرضية للمالك ، ولا تكون المبادلة مرضية له الا بعد الاجازة فحينئذ يلحقها الامضاء الشرعي (والجواب عنه) أن تحقق الامضاء والاعتبار الشرعي - وان كان بعد لحوق الاجازة بالعقد - الا انه لا مانع من أن يكون متعلقه الملكية السابقة من حين صدور العقد ، فيكون ظرف الامضاء والاعتبار متأخراً وظرف المعتبر سابقا (توضيح ذلك) أن الأمور الاعتبارية ليس لها وعاء الا في عالم الاعتبار ، فيوجد الأمر الاعتباري حقيقة بنفس الاعتبار في وعائه ، وقد يكون

زمان الاعتبار والمعتبر ومتعلقه متحداً ، فيعتبر من الآن الملكية الفعلية للامر الفعلي وقد يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر فيكون الاعتبار فعلياً والمعتبر أمراً متأخراً ، كما في الوصية فان الموصي يعتبر فعلاً الموصى له ملكاً لماه بعد موته ، فيكون المعتبر هو الملكية بعد الموت ، فقبل الموت لم يتحقق أمر سوى الاعتبار ، واذا تحقق الموت يصير المعتبر ايضاً فعلياً .

(والفرق) بين هذا وبين الواجب التعليق هو أن المعتبر في الوجوب التعليق فعلي ومتعلقه أمر متأخر ، ومن ثم يجب تحصيل مقدمات الواجب ، وهذا بخلاف باب الوصية ونحوها ، فانه لم يتحقق فيها المعتبر ايضاً وانما تحقق نفس الاعتبار والمعتبر ايضاً أمر متأخر وكل منهما امر ممكن (ومن هنا) قلنا في باب التعليق انه لو لم يكن اجماع على بطلان التعليق في العقود لقلنا بإمكان أن يبيع الانسان ماله من بعد مدة . وقد يكون الاعتبار متأخراً والمعتبر أمراً سابقاً فن الآن يعتبر الملكية قبل سنة ، وهذا أيضاً امر ممكن ولذا قلنا انه لولا بعد البيع من السابق عن المرتكز العرفي وانصراف الأدلة عنه لقلنا بجواز أن يبيع الانسان ماله فعلاً من السابق ، بأن ينشأ فعلاً الملكية السابقة ويرتب آثارها ، فاذا أمكن ذلك نلتزم به في الفضولي ونقول بتحقيق الاعتبار بعد الاجازة متعلقاً بالملكية السابقة من حين حدوث العقد ، لدلالة الخبر الوارد في الأثر والوارد في النكاح على ذلك . وهذا غير الكشف الحكمي الذي التزم به المصنف بمعنى ترتيب آثار الملكية السابقة بعد الاجازة ، فانه - وان كان ممكناً - الا انه لا دليل عليه اذا تم ما ذكرنا .

(نعم) لو لم يتم هذا لقلنا بالكشف الحكمي من باب اللابدية للخبرين المزبورين (وقد) أورد على ما اخترناه بوجهين :

(أحدهما) : ما ذكره الميرزا « ره » في الخروج عن الدار المغصوبة من استحالة ثبوت حكيمين مختلفين في زمان واحد وان كان زمان اعتبارهما مختلفاً ،

فان الميزان في ذلك بزمان الفعلين لا بزمان الاعتبارين ، فلا يمكن ان يحكم على شيء واحد بحكم في يوم الخميس ثم يحكم عليه بما يخالفه في يوم الخميس أيضاً ، ويجري ذلك في المقام فيقال : ان العبرة في التصادد بزمان المعتبر لا الاعتبار (وقد أجبنا عن ذلك) بأنه انما يستحيل في الأحكام التكليفية ، لكونها ناشئة من المصالح أو المفساد الثابتة في متعلقاتها ، فلا يمكن ان يكون شيئاً موافقاً للغرض ومخالفاً له في زمان واحد الا بنحو البداء المستحيل في حق الشارع ، وأما الأحكام الوضعية الناشئة من المصالح انفسها فلا مانع من اجتماعها اذا كان زمان الاعتبار مختلفاً ، ففي يوم الأربعاء يعتبر زيد مالكاً لشيء يوم الجمعة لقيام المصلحة به ، وفي يوم الخميس يعتبر عمرو مالكا له في يوم الجمعة لقيام المصلحة باعتبار ذلك (نعم) يستحيل ذلك اذا كان زمان الاعتبار أيضاً واحداً ، لأن اعتبار الملكية لزيد بمعنى استقلاله في التصرف ينافي اعتبارها لعمرو لاستلزامه نفي استقلال زيد في التصرف ، وأما اذا كان زمان الاعتبار متعدداً فلا مانع من ذلك - فتأمل .

(ثانيهما) ما ربما يقال أو قيل من أن كون زمان الاعتبار متأخراً وزمان المعتبر سابقاً انما يتصور فيما اذا كان الاعتبار من قبيل القضايا الخارجية كاعتبار المتعاملين ، وأما اعتناء الشارع - الذي هو محل الكلام في بحث الكشف والنقل - فلا يجري فيه ذلك ، لأن الأحكام الشرعية تكون مجعولة بنحو القضايا الحقيقية ، فيكون اعتبار الشارع ثابتاً أزلاً او حين تحقق الشريعة على الموضوعات المقدر وجودها ، فاذا كان الاعتبار سابقاً - والمفروض ان المعتبر سابق على الاجازة - فلا محالة يثبت الكشف بنحو الشرط المتأخر المحال .

(وبعبارة أخرى) إن كان الاعتبار الشرعي سابقاً على الاجازة لزم الكشف المستحيل ، وان كان بعدها كان منافياً لكون الأحكام الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية . مضافاً الى استلزامه القول بالنقل - فتأمل .

(ويرد عليه أولا) ان هذا الاشكال مبني على أن يكون للشارع اعتبار الملكية بعد الاجازة ولا ملزم لذلك ، ان يمكن أن يقال : ان الشارع انما ينفذ اعتبار المالك - أي اجازته المتعلقة بالملكية السابقة - ومعنى تنفيذ الشارع جعل المالك مطلقا ومرسل العنان في الاجازة والرد - فتأمل . وبما أن اعتبار المالك يكون بعد الاجازة ومعتبره الملكية السابقة يثبت ما ذكرناه .

(وثانيا) نفرض أن الشارع أيضا يعتبر الملكية واعتباره أزلى ، الا ان موضوع حكمه بالملكية انما هو الحيز ، فيعتبر الحيز مالكا للثمن ، ومن الظاهر أن الحكم مشروط بوجود موضوعه ولا يكون فعليا الا بعد فعلية موضوعه ، فاعتبار الشارع للملكية انما يصير فعليا بعد تحقق الحيز خارجا بتحقيق الاجازة ومتعلقة الملكية السابقة ، فالكشف بهذا المعنى الموافق للذوق العرفي مما لا مانع منه ثبوتنا ، ويدل عليه في مقام الاثبات ظهور رواية محمد بن قيس لو قبلنا دلالتها على صحة الفضيولي ، وصراحة صحيحة ابي عبيدة (١) الواردة في نكاح الصغيرين اذا مات احدهما قبل أن يجيز الآخر ، فانها صريحة في الكشف اذ لا معنى للنقل مع موت احد الزوجين ، وإن لم يبين فيها كون الكشف بالمعنى المستحيل أو بمعنى اعتبار وصف التعقب أو الامارية المحضة ، ولكن بما انا بينا استحالة الأول وقلنا ان الثاني لادليل عليه والثالث مخالف لظاهر الأدلة فلا محالة يتعين الكشف بالمعنى الذي اخترناه ، ومع التنزل لا بد من حملها على الكشف الحكمي ، بمعنى ترتب آثار الملكية السابقة وان لم يثبت أصلها .

(بقي الكلام) في وجه حكم الامام عليه السلام في الصحيحة بعزل نصيب الزوجة من الارث وعدم دفعه الى الورثة مع ان استصحاب عدم لحوق الاجازة يقتضي دفعه اليهم ، والظاهر ان ذلك من باب الاحتياط في الأموال ، كما ورد نظيره في

(١) تقدم مصدر هذين الخبرين فراجع .

ارث الحمل وانه يعزل من الارث بمقدار نصيب ذكرين ، مع ان استصحاب عدم الولد الثاني بل استصحاب عدم كون الحمل ذكراً يكون جارياً .

(والحاصل) ان الكشف الحكمي بمعنى تنزيل غير المالك بمنزلة المالك في جميع الآثار لا يكون ممكناً ثبوتاً ، وذلك لأن المنزل عليه في باب التنزيل قد يكون امرأ خارجياً كقوله الفقاع خمر والصلاة طواف وقد يكون امرأ اعتبارياً شرعياً يكون وضعه ورفع يده بيد الشارع ، ففي القسم الاول يصح التنزيل - سواء كان في بعض الآثار أو في جميعها - وأما في القسم الثاني فلا يصح التنزيل فيه الا اذا كان في بعض الآثار وأما في تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه ، فاذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزلة الزوجة في جميع الآثار فهي زوجة حقيقة ، وهكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلك فهو واجب ولا معنى للتنزيل ، والمقام من قبيل الثاني فان الملكية الشرعية التي هي محل كلامنا اعتبار شرعي ، فاذا نزل غير المالك منزلة المالك في جميع الآثار فلا محالة اعتبر مالكا (وعليه) فالكشف الحكمي بهذا المعنى فاسد ثبوتاً فينحصر الكشف فيما ذكرناه .

(ثم ان) فخر المحققين استدلل على الكشف وبطلان النقل بوجه عقلي كما هود أبه في الفقه على ما قيل ، وحاصله : ان القول بالنقل يستلزم تأثير المعدوم ، وهو محال ، فان العقد حين الاجازة وتحقق الاثر - أعني الملكية - معدوم (وفيه) أولاً : ما اورده المصنف من النقوض ، فان لازم ما ذكره تحقق الملكية من حين الايجاب وان تأخر عنه القبول والا يلزم تأثير المعدوم ، وهكذا في بيع الصرف يلزم حصول الملك قبل القبض والا يلزم المحذور المزبور ، وكذلك يلزم انكار الوصية التملكية ، فان ظرف حصول الأثر فيها بعد حصول الموت وانعدام العقد (وثانياً) ان تأثير المعدوم في الوجود لاستحالة فيه ، بل هو موجود في جميع العلل التدریجية فيشرب السم ويتحقق اثره بعدمه مدیده ، وانما المستحيل تخلف المعلول عن الجزء

قوله (قدّه) : بقي الكلام في بيان للثمرة (١)

الأخير من علته التامة ، فلو كان عكس « قدّه » المطلب واستدل بما ذكره على استحالة الكشف ، لأن الشرط - أعني الاجازة - حين العقد معدوم كان أولى .

ثمرات المسألة

(١) ذكر - قدّه - في هذه الأسطر ما لم نفهمه ولم ندر ماذا فهمه منها غيرنا فانه ذكر أولاً في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي على القول بكون الاجازة بنفسها شرطاً على نحو الشرط المتأخر وبين كون الشرط وصف التعقب انه على الثاني يجوز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد وعلى الأول لا يجوز ذلك (وفيه) انه لوجه لهذا الفرق بعد فرض الاجازة شرطاً متأخراً يؤثر مع عدم تحققه في حصول الأثر سابقاً من باب التفرقة بين الشروط الشرعية والعقلية أو غير ذلك ، اذ عليه أيضاً اذا علم بتحقق الاجازة فيما بعد يجوز التصرف من حين العقد .

(ثم بعد ذلك ذكر) في الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الاجازة شرطاً انه على الكشف الحقيقي يكون التصرف قبل الاجازة - كالوطني مثلاً - حلالاً واقعا حراماً ظاهراً ، لأصالة عدم الاجازة ، وكشف الاجازة عن وقوعه في ملكه واقعا (وفيه) مالا يخفى ، فانه « قدّه » قبل سطر أو أقل صرح بعلم جواز التصرف على الكشف وكون نفس الاجازة شرطاً حتي فيما اذا علم بلحوق الاجازة ، ومعه كيف حكم في المقام بحلية الوطني واقعا على الكشف الحقيقي وكون الاجازة بنفسها شرطاً ، ولعل ذلك صدر من قلعه الشريف سهواً . والصحيح انه بناء على الكشف الحقيقي بأقسامه يكون التصرف حلالاً واقعا . وأما على الكشف الحكمي - حتى على ما اخترناه من كون ظرف الاعتبار متأخراً وظرف الاعتبار سابقاً -

فلا يحل التصرف فضلاً على النقل .

(هذا) وأما ما ذكره قدس سره من أنه لو أولدها صارت أم ولد - الخ ، ففيه : ان ظاهر أدلتها اعتبار حلية الوطي ظاهراً والا فلا تكون الأمة أم ولد ، فلأوجه لما ذكره في المقام ايضاً (وتفصيل الكلام) في بيان الثمرة بين الكشف بأقسامه والنقل تارة يقع في الأحكام الخارجية المترتبة على جواز التصرف وعدمه ، واخرى في نفس تصرف من انتقل عنه المال ، وثالثة في تصرف من انتقل اليه ، فلا بد من البحث في جهات :

(الأولى) في الأحكام المترتبة على جواز التصرف ، فنقول : اذا بيعت الأمة فضولة فوطئها المشتري قبل اجازة المالك فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون الوطي في ملكه ولا يكون زناً بذات البعل ، واذا استولدها يحكم بكونها أم الولد ، لأن الاستيلاء وقع في ملكه . وأما على الكشف الذي اخترناه فالوطي يكون زناً بذات البعل وتترتب عليه آثاره من الحدد والحرمة المؤبدة لعدم وقوعه في ملكه ، واذا استولدها لا يحكم عليها بكونها أم ولد ، لأن ظاهر أدلة احكام أم الولد كون الاستيلاء في الملك حدوثاً ولا يعم ما اذا كان كذلك بقاء ، كما ذكرنا ذلك في حديث « من زاد في صلاته » ، وقلنا : ان ظاهر « زاد » ايجاد الزيادة - اي الزائد حدوثاً - لا ايجاد وصف الزيادة في الشيء بقاء ، فاذا قال المصلي « ايا » مثلاً ثم بدى له أن يعيده فقال « إياك نعبد » لا تبطل به الصلاة ، لأن كلمة « ايا » لم تحدث زيادة وانما اتصفت بالزيادة بقاء حين التكرار فلا يعمه الدليل ، والمقام كذلك ، فان أدلة الاستيلاء منصرفة عن استيلاء المملوك حدوثاً لابقاء ، وعلى الكشف بالمعنى المختار يكون الاستيلاء استيلاء المملوك بقاء من حين الاجازة واعتباره مالاً من حين العقد ، وأما حدوثاً فلم يكن استيلاءً لمملوكه فلا تعمه الأدلة . وهكذا على الكشف الحكمي ، فان التنزيل عليه يكون بعد لحوق الاجازة وان كان متعلقه الآثار السابقة

وأما على النقل فالأمر واضح .

(الجهة الثانية) في نفوذ تصرف من انتقل عنه المال فيما بين وقوع العقد والاجازة ، كما اذا فرضنا ان الفضولي باع مال أحد فباعه المالك لآخر من غير أن يكون ردأ بل كان لعدم علمه بعقد الفضولي أو لجهله به ثم علم به فاجازه ، فهل يكون البيع الثاني نافذاً دون الفضولي أو تكون الاجازة نافذة دونه ؟ تارة يكون العقد الثاني منافياً مع العقد الفضولي الأول وأخرى لا يكون منافياً ، أما اذا كان منافياً له - كما اذا زوج احد امرأة فضولة لشخص ثم زوجت المرأة نفسها لرجل آخر من غير علم بالنكاح الفضولي ثم علمت فأجازته - كان العقد الثاني نافذاً دون الأول حتى على الكشف الحقيقي (والسر) في تقديمه عليه هو السر في تقدم الامارات على الأصول العملية ، فان العقد الثاني تام الأجزاء والشرائط ومستند الى من يعتبر استناده اليه ، فشمول العمومات له فعلى غير مراعي - فتأمل .

(وهذا) بخلاف شمولها للعقد الأول ، فانه مراعي بعدم نفوذ العقد الثاني ليستند الأول الى المالك باجازته ، من غير فرق بين القول بالكشف أو القول بالنقل (نعم) على القول بالامارية المحضة لا يبعد دعوى العكس على كلام فيه لاحتمال أن يكون المعرف خصوص الاجازة التي لا يسبقها ما ينافي العقد السابق .

(وأما) اذا لم يكن العقد الثاني منافياً مع الأول - كما اذا باع المالك المبيع الفضولي قبل الاجازة جهلاً أو غفلة لأن يكون ذلك ردأ منه او اعتقه كذلك - فهل يكون العقد الثاني نافذاً دون الأول ، كما قواه المصنف وان احتمل خلافه أولاً وتبعه الميرزا ، أو يقدم الأول مطلقاً ، أو تفصيل بين الكشف والنقل ؟ وجوه والظاهر هو صحة العقد الأول على الكشف (وذلك) لأن المالك يكون حينئذ أجنبياً عن المال ، فبيعه أو عتقه له يكون بمنزلة بيع غير المالك وعتقه .

وما ذكره الميرزا من أن المحيز لا بد وأن يكون مالكا حين الأجازة (يرد عليه

أولاً) أن المحيز لابد وأن يكون مالكا حين العقد لاجن الإجازة ، فانه مستحيل على القول بالكشف حتى في فرض عدم تحقق البيع والعق منه (وثانياً) ان الاجازة والرد لم يتعلقا بالمال وانما هما متعلقان بالعقد كالفسخ والرد ، فالمعتبر أن يكون المحيز مالكا للعقد حين الاجازة لا للمال ، ومن الظاهر كون المحيز كذلك في المقام ، فان العقد واقع على ملكه .

(ثم لا يخفى) أن ما ذكرناه غير جار في الفرض الأول من جهة الفرق الظاهر بينهما ، فان العقد الثاني في القسم الأول مناف للعقد الفضولي ، اذ لا يمكن تزويج المرأة لشخصين ، وهذا بخلاف القسم الثاني ، فان العقد الثاني فيه لا يتنافى الأول ، اذ يمكن صحة كليهما ، فيكون العقد الأول صحيحا ويصح الثاني ايضا ، غاية يكون فضوليا على الكشف الحقيقي وبمنزلة الفضولي على الكشف الحكمي ، فيغرم المالك الأول للمشتري في فرض العتق لكونه متلفا لماله - فتأمل . ويكون البيع له في البيع . وبالجمله) يقع الكلام في الثمرة بين الكشف والنقل : تارة في الأحكام الخارجية المترتبة على التصرف فيما بين العقد والاجازة ، واخرى في تصرف المالك للمبيع الفضولي في العين المستقلة عنه ، وثالثة في نمائتها ، ورابعة في تصرف المنقول اليه فيما انتقل اليه :

(أما الجهة الأولى) فاذا بيعت الأمة فضولة ووطئها المشتري ثم اجاز المالك فهل يكون الوطي حلالا ؟ واذا حصل منه الاستيلاء تصير الأمة بهذا أم ولد ، أو الوطي يكون زنا بذات البعل ولا تكون الأمة بذلك ام ولد ؟ ظاهر المصنف انه على الكشف الحقيقي يكون الوطي حلالا واقعا ، واذا حصل به للولد صارت الأمة ام ولد ، وأما على الكشف الحكمي فاحتمل تحقق الاستيلاء وعطمه ايضا لعدم حدوث الاستيلاء في الملك . وذكر المحقق النائيني ان صيرورة الأمة بذلك ام ولد مستحيل ، لان الاستيلاء حدث في ملك الغير .

(ونقول) لاستحالة في ذلك ، إذ للشارع أن يرتب احكام أم الولد باستيلاد الواقع على المملوك ولو بقا . ، ويحكم بصيرورة الامة بذلك أم ولد لا يجوز بيعها الا في موارد خاصة ، الا أن الدليل في مقام الاثبات لا يساعد ذلك ، فان الظاهر من الادلة حدوث الاستيلاد في الملك ، كما بيناه في حديث « من زاد » .

(وأما الجهة الثانية) - اعني تصرف من انتقل عنه المال فيما انتقل عنه فيما بين العقد والاجازة - فنسب الميرزا فيه الى المصنف التفصيل بين القول بالكشف الحقيقي فتكون الاجازة نافذة دون النقل أي العقد الثاني ، لان تصرف المالك حينئذ فيما انتقل عنه يكون تصرف الاجنبي في المال ، واحتمل كون النقل نافذاً لكونه رداً قهرياً للعقد السابق ، وعلى الكشف الحكمي يكون العقد الثاني نافذاً ، والوجه في هذه النسبة انه استظهر صحة هذه النسخة « ولو نقل المالك أم الولد » فان في بعض النسخ « ولو نقل المالك الولد » ، وعليه يتم الاستناد . وعلى أي حال ذهب هو « قده » الى نفوذ العقد الثاني مطلقاً ، حتى على القول بالكشف الحقيقي وعدم نفوذ الاجازة .

(ونقول) أما اذا كان العقد الثاني تزويجاً - كما اذا زوجت المرأة فضولة لشخص ثم زوجت هي نفسها لآخر جهلاً منها بالنكاح الفضولي وبعد ذلك علمت به فأجازته - فالظاهر هو صحة العقد الثاني حتى على الكشف الحقيقي ، وعدم نفوذ الاجازة كما ذكره الميرزا « ره » ، وذلك لأن الزوجين ركن في النكاح وليس كالمعوضين في المبيع ، وقد دلّ الدليل على اعتبار أن تكون الزوجة خلية عن الزوج حين الاجازة - فتأمل . فاذا فرض انها زوجت نفسها لآخر قبل الاجازة لاتكون اجازتها نافذة لعدم صلورها من الخلية فتأمل (وهذا) هو المرتكز في أذهان العقلاء والمتشرعة أيضاً ، ولذا لايقول أحد بفساد النكاح الصادر منه إذا أجازت النكاح الفضولي السابق بعد عشر سنين ورجوعها الى حباله الشخص الآخر بالاجازة .

(وأما) إذا كان العقد الثاني بيعاً أو عتقاً فالظاهر صحة العقد الثاني أيضاً على الكشف الحقيقي ، لما ذكره الميرزا من اعتبار أن يكون المجيز مالكاً للعين حين الاجازة ، زعماً منه أن الاجازة حق متعلق بالعين ، لأن الاجازة تكون كالفسخ والرد والامضاء متعلقاً بالعقد لا بالعين ، فالفسخ حل العقد السابق وهكذا الرد . والفرق بينهما أن الأول رفع والثاني دفع ، وكذلك الامضاء والاجازة فهي متعلقة بالعقد ، ولذا لا وجه لاعتبار كون المجيز مالكاً للعين اصلاً ، بل لأن الكشف الحقيقي على خلاف القاعدة ومن باب اللأبدية ولو لما ذكره فخر المحققين ، ولذا لا يلتزم به الا في المقدار المتيقن ، وهو ما اذا كان المجيز مالكاً للعين لولا الاجازة دون ما اذا لم يكن كذلك كما في الفرض ، فلا تكون الاجازة فيه كاشفاً عن صحة العقد السابق ، فيكون العقد الثاني صحيحاً .

(والفرق) بين ما ذكره الميرزا وما ذكرناه : ان ما افاده يكون من قبيل ابداء المانع ، وما اخترناه يكون من قبيل عدم المقتضي . وتظهر الثمرة بينهما على الكشف الحكمي كما سيوضح ، وأما على الكشف الحقيقي فالفرق علمي محض ، وأما على الكشف الحكمي الذي اخترناه فما انه على طبق القاعدة والعمومات فتأمل واطلاقتها يقتضي ثبوته ، حتى فيما اذا لم يكن المجيز مالكاً للعين اولا الاجازة ، فلا بد من الالتزام بصحة الاجازة ونفوذها ، وحينئذ بما أن العقد الثاني أيضاً كان صادراً عن المالك حدوثاً ومشمولاً للعمومات ويبعد عدم شمولها بقاء ، ولا بد من الحكم بصحته غاية الأمر إن كان قابلاً للاجازة . كالبيع يكون فضولاً مراعيًا على اجازة المالك وإن لم يكن قابلاً لها كالعقود يكون تالفاً ، فيطالب المشتري المجيز بالمثل أو القيمة . وهذا هو مقتضى الجمع بين الأدلة كما في البيع الاختياري اذا كان المبيع تالفاً حين الفسخ ، فانه ينتقل حينئذ الى المثل أو القيمة .

(الجهة الثالثة) في تصرف المالك في نماء ما انتقل عنه ، كما اذا فرضنا ان

المدة بين زمان العقد وزمان الاجازة طالت وكان المبيع حيوانا أو شجراً وحصلت له النماء وتصرف المالك فيه ببيع أو غيره ، فعلى القول بالنقل يكون تصرفه فيه تصرفاً في ملكه ، فيكون نافذاً ، إذ المفروض بقاء العين على ملكه ويتبعها النماء . وأما على الكشف الحقيقي فالظاهر بطلان تصرفه لكونه تصرفاً في ملك الغير ، إذ المفروض انتقال النماء الى المشتري تبعا للعين ، وفاقا للمصنف لو كانت العبارة « لو نقل الولد » بدون كلمة الأم ، ولكنه « قد » بعد حكمه ببطلان التصرف في النماء احتمل صحته أيضا ، لاحتمال كونه بمنزلة الرد للعقد الفضولي (بدعوي) ان تصرف المالك في النماء ونقله مستلزم لعدم التزامه بكون النماء ملكا للمشتري ، وهو مستلزم لعدم كون العين أيضا ملكا له وهو معنى الرد ، فنقله بالالتزام يكون رداً للعقد غاية رداً بالفعل لا بالقول ، ولا يفرق في الرد بين الفعلي والقولي كما سيتضح انشاء الله تعالى .

(وفيه) أن الرد بناء على شمول العمومات للعقد الفضولي يكون قطعاً ، وهو كالاجازة أمر قصدي ، فاذا كان المالك في مقام نقل النماء ملتفتا الى لازم فعله وقاصداً له لا بأس بكونه مصداقا للرد الفعلي ، ولكن اذا لم يكن قاصداً له بذلك بل لم يكن ملتفتا الى الملازمة اصلا فكيف يمكن القول بكونه مصداقا للرد ، وهذا ظاهر ، فالصحيح هو بطلان النقل وصحة الاجازة كما افاده اولا ولا يقاس التصرف في النماء بالتصرف في العين ، حيث ذكرنا فيه بطلان الاجازة على الكشف الحقيقي أيضا ، اذ التصرف في النماء ليس تصرفاً فيما تعلق به العقد ، ليحتمل مانعيته عن صحة الاجازة وكاشفتها ، وهذا بخلاف التصرف في العين ، فانه كان متعلقا بما تعلق به العقد فلذا احتمل مانعيته ،

(وأما على الكشف الحكمي) فتصرف المالك في النماء حدوثا كان تصرف المالك في ملكه ومشمولا للعمومات وإن لم يكن بقاء بعد حصول الاجازة كذلك ،

الا انه يجب كونه مشمولاً للعمومات ابتداء وعدم شمولها له بقاء ، فلا بد من الحكم بصحته ، فان كان قابلاً للفضولية - كالبيع - كان مراعىً باجازة المشتري ، وان لم يكن قابلاً كالعق كالتعق كانت العين بحكم التالف ويغرم المالك بالمثل أو القيمة . ولا وجه لما ذكره الميرزا « قده » من أن النماء حين الاجازة قد يكون معدوماً ، ولا معنى لاعتبار ملكية المعدوم ، فان المعتبر على الكشف الحكمي انما هو ملكية النماء حال وجوده وان كان طرف الاعتبار بعد ذلك .

ثم الظاهر أن النسخة الصحيحة من المتن غير مشتملة على كلمة « الأم » ، والعبارة هكذا : « ولو نقل المالك الولد » ، والمراد بالولد هو ولد الحيوان لاولد الأمة فانه حر على الكشف الحقيقي ، وهكذا لو كانت النسخة أم الولد ، فان ام الولد لا يجوز بيعها في نفسها الا في الموارد المنصوصة .

(والدليل) على ما ذكرنا من عدم اشتغال النسخة الصحيحة على كلمة الأم انه على فرض اشتغالها عليها يلزم التهاافت بين هذه العبارة وما ذكره « قده » بعد اسطر من قوله « وإن نافي الاجازة كاتلاف العين » - الخ ، فانه صريح في أن تصرف المالك في العين على الكشف الحكمي مفقوت محل الاجازة ، والعبارة السابقة - بناء على اشتغالها على كلمة الأم ليكون التصرف في العين - صريح بصحة تصرفه مع بقاء محل الاجازة ونفوذها ، فيكون على المحيز قيمة ما نقله ، فلا بد وأن تكون العبارة الأولى ناظرة الى تصرفه في النماء ، فلا يفوت به محل الاجازة على الكشف الحكمي ، والعبارة الأخيرة ناظرة الى تصرف المالك في العين ، فيفوت به محل الاجازة ، وهذا هو الذي يقتضيه حفظ مقام المصنف « قده » ، ولم نعرف لماذا فهم الميرزا عكس ذلك .

(وأما الجهة الرابعة) - اعني تصرف من انتقل اليه المال فيه قبل الاجازة - فعلى القول بالكشف الحقيقي يكون حلالاً تكليفاً ونافذاً وضعاً ولكنه تجرّ حرام

قوله (قدّه) : منها النماء (١)

ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الاجازة فيما بعد ، فاذا كان التصرف عبادياً - كالوضوء بالماء المبيع فضولة فسد لمنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القرية ، كما انه على النقل يكون حراماً تكليفاً ووضعاً اذا كان التصرف بالمبيع يدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك (وأما) على الكشف الحكمي فتصرفه حرام تكليفاً ، وأما وضعاً فحدوثاً لا يكون نافلاً لأنه تصرف في ملك الغير الا انه بعد الاجازة يكون بقاء مستنداً الى المالك ، فتعمه العمومات ويكون نافلاً .

الثمرة بين الكشف والنقل من حيث النماء

(١) تعرض المصنف لحكم النماء مع انه كان يستفاد مما ذكره سابقاً ، ولعله كان من جهة التعرض لكلام الشهيد « قدّه » . وعلى أي حال اذا حدث للثمن أو للمؤمن أو لها معاً نماء فعلى القول بالنقل يكون النماء لمن انتقل عنه المال لحدوثه في ملكه تبعاً للعين ، وعلى القول بالكشف ينعكس الأمر ، ولكن الشهيد ذكر : فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع ، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز وظاهره كون نماء الثمن والمؤمن معاً لشخص واحد وهو المجيز ، وهو بظاهره فاسد فيحمل على سهو القلم . ولكن وجه كلامه بتوجيهين : (احدهما) توجيه المراد منه بحمله على خلاف الظاهر (والثاني) توجيه الحكم مع التحفظ على ظاهر الكلام .

وقد ذكر المصنف أن التوجيه الأول هو الأولى ، وحاصله أن يراد من المجيز طبعي المجيز لا الشخص ، ويفرض البيع فضولياً من الطرفين ، فاذا أجاز مالك المبيع انتقل اليه نماء الثمن ، واذا أجاز مالك الثمن انتقل اليه نماء المبيع ، فالنماء يكون

قوله (قدّه) : ومنها - ان فسخ الأصيل (١)

للمجيز بهذا التفصيل .

(ولا يخفى) ما فيه من مخالفة الظاهر ، فان قوله « فهما للمالك المجيز » ظاهر في كون كلا التماقين لشخص واحد .

(وأما التوجيه الثاني) فحاصله انه يمكن أن يكون نماء كل من العوضين لشخص واحد على القاعدة كما اذا كان البيع من طرف المبيع فضولياً دون غيره ، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه ، ويكون نماء الثمن له أيضاً لاقدام المشتري على تملكه له باقداً على الشراء من الفضولي وفيه (أولاً) انه يمكن أن لا يكون المشتري عالماً بالفضولية ، بل تخيل ان البائع ملك أوولي أو وكيل . (وثانياً) يمكن أن يكون الشراء أيضاً فضولياً كالبيع . (وثالثاً) الاقدام على التملك ليس احد المملكات . (ورابعاً) هو لم يقدم على تملك النماء للبائع مجاناً ، وانما أقدم على تملكه بعوض ، فهذا التوجيه غير تام والصحيح حمل العبارة على خلاف ظاهرها أو حملها على سهو القلم .

الثمرّة بين الكشف والنقل

بلحاظ فسخ الأصيل

(١) لا ريب في أن المالك غير الأصيل له حلّ العقد بالرد كما له امضاؤه بالإجازة ، وإنما الكلام في الأصيل وان له أن يفسخ العقد ويرفع اليد عن إلزامه ما لم يجز الطرف الآخر ، أو يتصرف بتصرف تتيجه انفساخ العقد ، أو ليس له ذلك ، أو يفصل بين القول بالكشف والنقل ، فالأقوال ثلاثة :

ذهب المصنف الى التفصيل ، وانه على الكشف ليس له ذلك لتامة العقد

ولزومه لشمول العمومات له وان لم يكن الأصل عالمًا به ، بل يستصحب عدم تحقق الاجازة فيما بعد ، الا ان المفروض لحوقها واقعاً . وأما على النقل فيما أن العقد غير تام بعد وغير مشمول لأدلة اللزوم يكون جائزاً وله أن يفسخه ، نظير رفع الموجب يده عن التزامه قبل لحوق القبول وإلغائه له ، ومن قال بجواز الفسخ مطلقاً ناقش فيما افاده « قده » على الكشف ، بأن الفسخ بعدم موضوع الاجازة بحيث يبقى لها مجال وان كان العقد بحيث لو لحقته الاجازة كان تاماً من حين حدوثه .

والحقق الثاني « ره » حيث ذهب الى عدم نفوذ فسخه حتى على القول بالنقل ناقش فيما افاده المصنف على النقل بما بناءه على كون مفاد العمومات كقواه تعالى « أوفوا بالعقود » هو الحكم التكليفي لا الوضعي ، فعنه لزوم انتهاء الالتزام تكليفاً ، فلا ينافي شموله لعقد مع عدم ثبوت الحكم الوضعي له وعدم ترتب الأثر عليه ، لأن كلام الحكمين اجنبي عن الآخر ، فيمكن أن يعم العموم عقد الأصل والتزامه مع عدم ترتب الأثر عليه فعلاً وكونه مراعياً بلحوق الاجازة .

(وبعبارة اخرى) إن كان المراد بالعقد في الآية معناه الاسم المصدري - اعني نتيجة العقد وهو حصول المبادلة والملكية - فلا يمكن أن تعم عقد الأصل قبل الاجازة ، لعدم حصول نتيجته حينئذ ، وأما إن كان المراد معناه المصدري - وهو الالتزام - فلا مانع من شموله لالتزام المالك ، فيجب عليه الوفاء ولا يجوز له الفسخ ، وهذا جار في جميع العقود إلا المنصوصة كالوقف قبل القبض ولا ينتقض ذلك بالايجاب والقبول ، فان العقد غير متحقق بمجرد الايجاب قبل لحوق القبول . ويرد عليه امران : (احدهما) ما سنذكره على القول بالكشف (وثانيهما) راجع الى ما ذكره مع النقل من كون مضمون الآية حكماً تكليفاً لا وضعياً ، فانه يرد عليه انه بناء على ان يكون الأمر فيها تكليفاً يكون معنى الآية وجوب لإنهاء الالتزام وإتمامه ، ومعناه عدم فسخه فيكون الفسخ حراماً ، ومن الظاهر انه ليس

المحرم هو مجرد التناظر بلفظ فسخت ، بل الحرام هو واقع الفسخ الممضي شرعاً ، فإذا حرم ذلك لزم أن يكون مقدوراً المكلف ، بحيث لو عصى النهي وفسخ كان فسخه نافذاً شرعاً ولازمه جواز البيع من طرفه ، فإذا ثبت الجواز نقطع عدم حرمة فسخ العقد الجائز تكليفاً فيجوز ، فلهذا لا بد وأن يكون الأمر في الآية إرشاداً إلى لزوم العقد وضعاً كما تمسكنا بها للزوم العقود ، فلا يعم العقد الذي لم يتم وكان ترتب الأثر عليه مشروطاً بشرط غير حاصل (وعليه) فيجوز الفسخ في جميع الموارد التي لم يتم العقد بعد كالصرف أو الهبة أو الوقف قبل القبض على القاعدة (وبالجمل) على النقل يجوز للأصيل فسخ المعاملة لأنه تصرف في ملكه ، وبعده لا يبقى موضوع للإجازة .

(وما) أفاده المحقق النائيني من أن وجوب الوفاء بالعقد حكم تكليفي فيكون انحلالياً فيجب على كل من المتعاملين إنهاء التزامه فيه (أولاً) ان لازم كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً تكليفاً جواز العقد ، فإن الأمر بانتهاء الالتزام انما يصح فيما إذا كان المخاطب متمكناً من عدمه ، أي من رفع اليد عن التزامه ، بحيث إذا خالف الحكم التكليفي وفسخ العقد كان ذلك ممضي منه شرعاً ، وهذا معنى جواز العقد ، فلا مناص من كون وجوب الوفاء بالعقد إرشاداً إلى ترتيب آثار الملكية ، فلا يعم إلا العقد التام من حيث الأجزاء والشرائط الذي يترتب عليه الأثر ، وهو الملكية .

(وثانياً) نفرض كون الخطاب تكليفاً إلا أنه خطاب إلى الملاك ، وموضوعه العقد - أعني الارتباط بين التزامي المالكين - وليس التزام الأصيل مصداقاً له على القول بالنقل مالم تتحقق الإجازة ، وبهذا يفرق المقام عن النذر ، فله أن يرفع اليد عنه ، فينتفي به موضوع الإجازة .

(وأما على الكشف) فتارة يتكلم في فسخ الأصيل ، وأخرى في جواز

تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، وثالثة في نفوذ تصرفه فيه وضعاً ، فالكلام يقع في جهات :

(الأولى) في فسخ الأصيل ، وهو نافذ على الكشف لتامة العقد على الفرض من الطرفين وان لم يعلم بذلك ، فهو مشمول لعموم « أوفوا بالعقود » ، ويدل على عدم نفوذ فسخه أيضاً قواه سبحانه « الا أن تكون تجارة عن تراض » فان فسخ الأصيل ليس مصداقاً لها ، وهكذا الاستصحاب بل جميع الوجوه الثمانية التي استدل بها على لزوم في باب المعاطاة او اكثرها .

(الجهة الثانية) في جواز تصرفه فيما انتقل عنه تكليفاً ، ظاهر المصنف هو العدم تمسكاً بعموم الآية الشريفة ، ولكن الصحيح جوازه ، فان حرمة التصرف ليست من آثار الالتزام بملكية الغير ، وانما هي من الآثار المترتبة على ملك الغير شرعاً ولم يعلم قبل الاجازة صيرورة العين ملكاً لمن انتقل اليه المال ، بل المعلوم عدمه ولو بمقتضى الاستصحاب فما افاده المصنف من حرمة تصرفه حتى مع علمه بعدم لحوق الاجازة لا بد وأن يعدّ من غرائب الكلام .

(فتحصل) مما ذكرنا أنه لا يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه على القول بالكشف ايضاً اذا علم بعدم لحوق الاجازة واحتمل ذلك ، حتى على القول بكون الاجازة امانة محضة من دون أن يكون لها أي تأثير في تمامية العقد ، لأن العقد المؤثر إنما هو الملزوم للاجازة التي هي معرفة ولم يعلم قبل لحوق الاجازة كون العقد ملزوماً لها ، بل المفروض عدم كونه كذلك بالعلم الوجداني أو التعبدى بمقتضى استصحاب عدم تحقق الاجازة فيما بعد ، ولا ينافي التصرف عموم قوله سبحانه « أوفوا بالعقود » ، وأما بناءً على كونه ارشاداً الى ترتيب آثار الملكية فواضح ، لأن الملكية لم تتحقق إما وجداناً او تعبداً .

(وعلى هذا التقريب) يجوز لكل من المتعاملين رفع اليد عن التزامه قبل تمامية

شرط حصول الملك ، كما في بيع الصرف قبل حصول القبض أو الهبة كذلك ، بناء على كونها عقداً متقومة بالقبول . وأما بناء على كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً مولوياً فلائن موضوعه العقد ، وهو المبادلة بين مالكيين ولا يكون العقد الفضولي كذلك الا بعد لحوق الاجازة المتتي على الفرض .

(وعلى هذا التقريب) ليس لأحد المتبايعين في بيع الصرف أن يرفع اليد عن التزامه قبل القبض أيضاً ، لأن العقد والمبادلة بين المالكين قد تم وانما لم يحصل ما هو شرط حصول الملكية وهو القبض ، وهذا بخلاف المقام (نعم) اذا علم الأصيل بلحوق الاجازة فيما بعد لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه على الكشف لأنه عالم بخروجه عن ملكه ، الا ان لازمه جواز تصرفه فيما انتقل اليه للعلم بدخوله في ملكه وبما ذكرناه ظهر الحال في الجهة الثالثة أيضاً ، فان تصرف الأصيل في الصورتين الأوليين يكون نافذاً ، فاذا تحققت الاجازة استكشف بها فساد تصرفه .

(ثم لا يخفى) انه لا فرق فيما ذكرناه بين النكاح وبقية المعاملات ، فاذا زوجت المرأة نفسها لرجل فضولة لها أن تتزوج بشخص آخر مالم تتحقق الاجازة فاذا تحققت انكشف فساد العقد الثاني ، فاحكامه المصنف عن جملة من المحققين من لزوم ترتب آثار المصاهرة من طرف الأصيل قبل لحوق الأجازة ، فلذا تزوج احد بالرابعة لا يجوز له النكاح على الخامسة قبل الاجازة ، ولا يجوز له النكاح على اختها أو أمها الى غير ذلك إن كان لخصوصية في النكاح فلا يمكن المساعدة عليه وان كلن من جهة الاختلاف في المبني فهو صحيح الا أن المبني غير تام - كما عرفت . (هذا) وربما يتمسك لنفي اعتبار استصحاب عدم لحوق الاجازة بما ورد في تزويج الصغيرين وموت احدهما من انه يعزل حصة الباقي منهما من الارث الى أن يكبر فيستحلف على الاجازة ، فان هذه الرواية وان لم تكن مما نحن فيه لعدم وقوع بيع فضولي على المال لا في حياة المورث ولا بعد موته ، الا أن الشك في

انتقال تلم المال الى الورثة الموجودين حال موت المورث ، وعدمه سبب عن الشك في حقوق الاجازة وعدمه ، فالشك سببي ومسبي ، فمن هذه الجهة يكون مورد الرواية مشتركاً مع ملحق فيه ، وقد ألغى الامام عليه السلام اعتبار هذا الاستصحاب .

(والجواب) عنه ظاهر ، فان سقوط الاستصحاب عن الاعتبار في مورد خاص لمصلحة لا يكون دليلاً على سقوطه في جميع الموارد ، كما ألغى الاستصحاب أيضاً في مسألة ارث الحمل ، فانه ورد في الحديث عزل نصيب ذكرين ، مع ان الأصل عدم تولد الحمل فيما بعد لاحتمال عروض موت له أو لأمه ، والأصل عدم كون المولود ذكراً بناء على جريان الاستصحاب في الأعدام الأزلية .

(ثم ان المصنف) قدس سره تعرض لمسألة النذر على نحو الاجمال ، فنقول تبعاً له : ان الكلام فيه في مقامين :

(الأول) في الحكم التكليفي ، وتفصيله : أن النذر قد يكون منجزاً غير معلق على شيء ، وفي مثله لا ينبغي الرب في عدم جواز تصرف الناذر فيما تعلق به النذر ، أما في نذر النتيجة فواضح لخروجه عن ملكه بمجرد النذر ، وأما في نذر الفعل فلان جواز التصرف المتنافي للنذر ينافي لوجوب الوفاء بالنذر ، وأما ان كان النذر معلقاً على شيء فتارة يكون الالتزام فعلياً وظرف متعلقه فيما بعد نظير الواجب المعلق ، واخرى لا يكون الالتزام فعلياً بل يكون مشروطاً بتحقيق أمر في المستقبل كالواجب المشروط . وعلى للتقديرين اذا علم الناذر بتحقيق المعلق عليه في ظرفه لا يجوز له التصرف المتنافي للنذر ، أما لو كان الالتزام فعلياً فلكونه منافياً لوجب الوفاء به ، وأما في المشروط فلما ذكرناه في للمعذرات المقوته من عدم جواز تقويت الملاك الملزم في ظرفه المعلوم .

وأما اذا علم بعدم تحقق ماعاق عليه النذر او احتمل ذلك واستصحب عدمه

فان كان من قصده الالتزام بابقاء العين أيضاً الى زمان يقطع فيه بعدم حصول المعلق عليه ، كما أن ابقاء العين بشرط ضمنى في البيع الخياري المشروط برد مثل الثمن ، وقد التزموا فيه بذلك ، ولذا إذا أراد المشتري أن يبيع العين قبل انتهاء المدة يمنعه البائع عن ذلك ويقول له : لا بد لك أن تصبر الى تمام المدة ولعلي آتيك بتمام الثمن وأخذ داري مثلاً ، فان كان النذر أيضاً التزاماً بابقاء العين ليس للناذر التصرف فيها بما ينافي ابقائه ، والا فيجوز له التصرف تكليفاً .

(وأما المقام الثاني) - أعني جواز تصرف الناذر في العين المنذورة وضعاً - ففي الموارد التي يجوز فيها التصرف تكليفاً - وهي ما اذا كان النذر معلقاً على امر غير معلوم التحقق بناء على عدم تعلق النذر بابقاء العين - فلا ينبغي الريب في جواز التصرف وضعاً ايضاً بمقتضى العمومات ، وانما الكلام في الموارد التي يحرم فيها التصرف وضعاً ، كما اذا كان النذر منجزاً أو معلقاً على امر مقطوع الحصول أو كان النذر متعلقاً بالابقاء ايضاً ، فنقول :

اذا كان النذر بنحو نذر النتيجة وكان منجزاً لايجوز التصرف في العين وضعاً لأنه تصرف في ملك الغير فلا ينفذ ، وأما اذا كان من قبيل نذر الفعل بحيث لم يكن في البين الا وجوب الوفاء تكليفاً فمقتضى عموم « أوفوا بالعقود » و « احل الله البيع » صحة التصرف وضعاً وان كان حراماً تكليفاً ، ولا بد في المنع من اقامة دليل مخصص للعمومات ، وما توهم كونه مخصصاً لها وجهان :

(احدهما) ان ماتعلق به النذر ليس ملكاً طلقاً ، وانما هو متعلق حق المنذوره ويعتبر في المبيع أن يكون ملكاً طلقاً (وفيه) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فلان العين المنذورة لاتصير متعلق حق المنذوره ولا الجهة المنذوره لها ، ووجوب الوفاء بالنذر حكم لاحق للمنذوره له ، ولذا لا يكون قابلاً للاسقاط . وهذا هو الفرق بين الحق والحكم على ما بيناه في أول بحث البيع ، فالعين بعد النذر ايضاً يكون

ملكاً طلقاً للمالك . وأما الكبرى فنفرض تعلق حق الجهة او المندور له بالعين ، الا انه ليس في البين اطلاق او عموم دال على اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً ، وانما هو كلام الفقهاء وهو مأخوذ مما ورد من المنع عن بيع ما تعلق به حق الغير في الموارد الخاصة ببيع الوقف والعين المرهونة وام الولد ، ولا يمكن التعدي عنها الى غير الموارد المنصوصة وتخصيص العمومات بلا موجب .

(ثانيها) ما ذكره الميرزا « ره » من أن الأمر بصرف العين في الجهة المندور لها يقتضي المنع عن صرفها فيما ينافي صرفها في تلك الجهة ، ومن القضايا المشهورة أن الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً ، وكان « قده » يعبر عنه في مجلس بحثه بأنها غير مقدور التسليم شرعاً ، واعتبار القدرة على التسليم في صحة البيع واضح (وفيه) ان المعتبر في البيع انما هو القدرة على التسليم خارجاً لاجواز التسليم تكليفاً ، ومن الظاهر أن البائع فيما نحن فيه قادر على تسليم المبيع تكويناً وانما يحرم ذلك عليه تكليفاً من باب التضاد ، ومنافاته مع ما هو مأمور به من صرف العين في تلك الجهة المندور لها العين ، وهذا النهي لا يكون ارشاداً الى الفساد لعدم تعلقه بعنوان المعاملة .

ومن هنا قلنا في بحث « ان الامر بالشيء يقتضي النهي عن ضده » ان النهي الناشيء عن التضاد اذا كان متعلقاً بالمعاملة لا يدل على فساده ، ومجرد الحرمة التكاليفية لا ينافي صحة المعاملة وضعاً ، كما اذا حالف أن لا يبيع الشيء المعين فباعت فان البيع صحيح وضعاً وان كان حراماً تكليفاً لكونه حثاً موجبا للكفارة . (هذا) كله اذا كان التصرف منافعياً لصرف العين في الجهة الخاصة ، وأما اذا لم يكن منافعياً لذلك - كما اذا كان الناذر متمكناً من العمل بنذره بعد بيع العين المندورة أيضاً بشرائها من المشتري او استئانها او بوجه آخر - فلا يكون نصرفه حراماً تكليفاً أيضاً . هذا تمام الكلام في النذر .

قوله (قده) : ثم ان بعض المتأخرين - للنح . (١)

ماعدلة بعض المتأخرين من ثمرات

الكشف والنقل

(١) منهم الشيخ الكبير كاشف الغطاء (ره) ، فانه جعل من جملة ثمرات القول بالكشف والنقل ما اذا مات احد المالكين - ونفرضه الأصيل - قبل تحقق الاجازة وسقط بذلك عن قابلية التملك فانه على الكشف يكون البيع صحيحا ، لأن الاجازة تكشف عن حصول المبادلة في ظرف قابلية الأصيل للتملك ، ويبطل على النقل لسقوط المالك الأصيل عن قابلية التملك والتملك في زمان تحقق المبادلة وهو ظرف لحوق الاجازة .

(وأورد عليه) في الجواهر بما حاصله : ان البيع فاسد على القول بالكشف أيضاً ، لأنه يعتبر في صحة عقد الفضولي بقاء المالك على قابلية التملك من حين العقد الى زمان لحوق الاجازة لتكشف الاجازة عن الملكية المستمرة من حين العقد الى زمان الاجازة على ما هو ظاهر الأدلة .

وأورد عليه المصنف بالنقض والحل (أما النقض) فما اذا وقعت بيوع متعددة على مال المحبز فانهم صرحوا بصحة جميع البيوع باجازة البيع الفضولي ، مع انه على الكشف ليس مالكا حين الاجازة لخروجه عن ملكه بالبيوع المتأخرة (وأما الحل) فادعى ظهور بعض الأخبار وصريح الآخر في عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة . والظاهر أن نظره من الأخبار الى ماورد في الانجار بمال اليتيم وان الربح والخسارة على المتجر ، وماورد في المضاربة فيما اذا خالف العامل لعقد المضاربة من ان النفع يكون للمالك والخسارة على العامل ، فان اطلاقها يقتضي

عدم الفرق بين بقاء اليتيم أو المالك الى زمان ظهور الرج وموته ، وأن مراده من الخبر الصريح ماورد في العبد المأذون وان العبد يرد رقاً لمن اقام البينة على انه اشترى بماله فان الورثة اذا أقاموا البينة على ذلك يرد العبد رقاً لهم مع أن الأصل قدماء على الفرض - فتأمل .

ونقول : لا يتم شيء مما ذكره من النقض والحل : (أما الحل) فلما ذكرنا فيما سبق من أن هذه الأخبار أجنبية عن الفضولي رأساً ، وقد ذكرها المصنف بعنوان التأييد (وأما النقض) فصلوره منه غريب ، لأن محل الكلام سقوط المالك عن قابلية التملك قبل الاجازة في نفسة بالموت ، وفي مورد النقض انما يسقط للمالك عن القابلية بنفس الاجازة ، ففي الحقيقة يتلقى المشتري الملك من المميز ويتلقى المشتري الثاني الملك من المشتري الأول وهكذا ، وهذا مما لا اشكال في صحته .

(فالذي ينبغي أن يقال) ان البيع صحيح في فرض موت المالك على الكشف والنقل ، لأنه ان قلنا بأن البيع الفضولي على خلاف القاعدة وانما ثبت صحته بدليل خاص كرواية محمد بن قيس وحكاية عروة امكن القول بفساد البيع بموت احد المالكين قبل الاجازة ، من غير فرق بين الكشف والنقل ، فان صريح رواية محمد ابن قيس بقاء المالكين حياً ، كما ان المفروض في حكاية عروة حياة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ويبعد احتمال موت بائع الشاة في تلك المدة القصيرة (وعلى اي حال) لا بد من الاقتصار فيها على القدر المتيقن ، فيصح حينئذ دعوى الجواهر من ظهور الأدلة في بقاء المالكين وكشف الاجازة عن الملكية المستمرة الى زمان الاجازة . هذا على الكشف وأما على النقل فالأمر واضح .

(وأما بناءً) على ما بيناه من صحة العقد الفضولي على القاعدة وان ه أوفوا بالعقود . » وغيره يعم العقد الفضولي بعد استناده الى المالكين ، فلا ينبغي الاشكال في صحة بيع الفضولي . ولو سقط المالك عن قابلية التملك بالموت أما على الكشف

فلأن الاجازة تكشف عن تمامية العقد واستناده الى المالك من حين حدوثه ، وأما على النقل فلان المبادلة الواقعة على المالكين لا تسقط عن الاعتبار ، بل غايته أن تكون المبادلة واقعة على مال ورثة الميت بقاءً ، فتكون عقداً فضولياً من جهتهم ، فتصح بالإجازة .

(وقد عرفت) اجمالاً وستعرف مفصلاً أنه لا يعتبر في المحيز أن يكون مالكاً للعين من حين تحقق العقد (نعم) بناء على اعتباره اشكل الأمر في صحة هذا البيع ، وكذا في فرض سقوط احد المالكين عن قابلية الملكية على الكشف والنقل ، لعدم كون ورثة الميت ملاكاً للعين حين العقد . هذا كله في موت الأصيل .
وظهر مما ذكرناه الحال في فرض موت المالك الآخر الذي وقع البيع على ماله فضولة وفيما اذا كان البيع فضولياً من الطرفين وان البيع لا يفسد بالموت في شيء منها .

ومن جملة الثمرات

التي جعلها الشيخ الكبير ثمرة للقول بالكشف والنقل ما اذا ارتد المتبايعين ، وظاهر كلامه « قده » التفصيل في ظهور الثمرة بين المرتد الفطري والملي ، وانه جعل مورد ظهور الثمرة في المرتد الملي خصوص ما اذا كان ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلماً بخلافه المرتد الفطري فجعله فيه مورد ظهور الثمرة مطلقاً ، من غير فرق بين كون ما انتقل اليه مصحفاً او عبداً مسلماً او شيء آخر ، وانه على الكشف يصح البيع ، لأن انتقال المبيع اليه كان قبل ارتداده غايته يجبر على البيع في المصحف والعبد المسلم ، ولا يصح على النقل لكونه مرتداً في زمان الانتقال ، والمرتد الفطري لا يملك اصلاً والملي لا يملك المصحف والعبد المسلم .

(هذا) ونقول : التفصيل . مبني على القول بأن المرتد الفطري لا يملك شيئاً رأساً حتى . لا يحصل له بعد الارتداد بحيازة ونحوها ، ولا دليل عليه بل ظاهر الأدلة أن . لا يملكه حين ارتداده ينتقل الى ورثته ، وعليه فالتفصيل لا وجه له . فتأمل . بل لا بد من فرض مورد ظهور الثمرة فيما اذا كان المنقول الى المرتد مصحفاً او عبداً مسلماً في المرتد الملى والفطري .

(ثم) ان ما ذكره الشيخ الكبير يجري في فرض الارتداد كما يجري ما ذكره في الجواهر وكذا ما ذكره المصنف (والتحقيق) انه على الكشف يكون البيع صحيحاً على ما عرفت ، فيجبر المرتد على بيع المصحف والعبد المسلم ، وأما على النقل فان قلنا بأن الكافر لا يملك للمصحف ولا العبد المسلم اصلاً فيفسد البيع والا فيصح أيضاً ، غايته يجبر على البيع كما عرفت .

(والحاصل) انه في فرض موت احد المالكين قبل لحوق الاجازة يصح البيع على الكشف والنقل ، غايته على النقل يكون البيع فضولياً من طرف الأصيل ايضاً اذا كان هو الميت ، لكونه واقعاً على مال الورثة بقاءً بدون اذنتهم ، فيتوقف نفوذه على اجازتهم . فما جعله الشيخ الكبير ثمرة من صحة البيع على الكشف وفساده على النقل غير تام .

(وأما فرض الارتداد) مع كون ما انتقل اليه عبداً مسلماً أو مصحفاً فقد عرفت ظهور الثمرة فيها ، فيصح البيع على الكشف لكون ما انتقل اليه المصحف أو العبد المسلم . سلماً حين تحقق الانتقال ، ويفسد على النقل لكونه كافراً حين تحقق النقل والانتقال ، ولا بد في مورد ظهور الثمرة خصوص المرتد الفطري من فرض الثمن كلياً ، وأما اذا كان شخصياً فلا يبطل البيع على النقل أيضاً ، بل يكون البيع بقاءً واقعاً على مال الورثة كما في الموت ، فيكون فضولياً متوقفاً على اجازتهم ، وهذا بخلاف ما اذا كان الثمن كلياً فانه يبطل البيع على النقل لعدم قابلية المرتد

لانتقال المصحف أو العبد المسلم اليه . نعم لايعتبر ذلك في المي كما هو ظاهر .
(ومن) جملة موارد ظهور الثمرة : ما اذا تخلل سقوط احد المالكين عن الملكية فيما بين العقد والاجازة بتلف أو ما هو بحكم التلف كإنتقال الخل خمرأ ، فان البيع حينئذ صحيح على الكشف وفاسد على النقل ، لأن البيع لايقع على المعدوم . وتفصيل الكلام في ذلك يقع في موردين : احدهما ظهور الثمرة فيه وعدمه ، ثانيهما في جريان كلام الجواهر من دعوى اعتبار استمرار بقاء الملكية الى زمان الاجازة حتى على الكشف وعدمه :

(أما المورد الأول) فربما اورد على الشيخ الكبير - ومن الموردين الميرزا « قده » - بأن تلف المال في بيع الفضولي يكون قبل القبض وهو من مال بائعه كما في النص ، وليس المراد به ثبوت ضمانه على البائع بل المراد به انفساخ البيع قهراً بتلف احد العوضين قبل القبض ، فيفسد به البيع على الكشف والنقل (وفيه) انه يمكن توجيه كون التلف بعد القبض من وجهين :

(احدهما) ان يفرض كون المال تحت يد من انتقل اليه قبل العقد باذن المالك من جهة اجازة أو أمانة اوغير ذلك فباعه اياه احد فضولة فتلف قبل الاجازة فيكون التلف بعد القبض باذن المالك وان لم يكن بعنوان انه مالك ، اذ لايعتبر في القبض ذلك ، فلا يعمه « كل مبيع تلف قبل القبض » - الحديث .

(ثانيهما) ان يفرض البائع الفضولي مأذوناً من المالك في اقباض أمواله الى أي شخص اراد وان لم يكن مأذوناً في البيع فباع واقبض ثم تلف قبل اجازة المالك فانه أيضاً يكون بعد القبض الصحيح المستند الى المالك ، فاذاً يمكن في الفضولي فرض تلف احد العيذين بعد القبض الصحيح ، فتظهر فيه الثمرة على ماتقدم .

(ثم) ان المصنف جهل من جملة امثلة هذا الفرض - أعني سقوط احد المالكين عن الملكية - ما اذا تنجس المبيع المائع (وفيه) ما لا يخفى ، فان تنجسه غير موجب

لزوال ملكيته بل هو بعد التنجس مملوك ولما لكة التصرف فيه بما لا يعتبر فيه الطهارة من الطلي والاستصباح ونحو ذلك ، غايته لا يجوز بيعه على كلام تقدم في المكاسب المحرمة ، فعليه كان الأولى أن يجعله المصنف مثلاً لما اذا فقد بعض شرائط صحة البيع قبل لحوق الاجازة ، وأما المثال لما نحن فيه كما ذكرنا ما اذا انقلب الخل خراً قبل الاجازة . هذا كله في المورد الأول .

(وأما المورد الثاني) - وهو التعرض لما ذكره صاحب الجواهر - فقد عرفت ما اورده عليه من انه تام بناءً على كون صحة العقد الفضولي على خلاف القاعدة بالنص الخاص ، وأما على المختار من شمول العمومات له فمقتضى اطلاقها عدم اعتبار شيء من ذلك . وأما المصنف فقد أورد عليه بوجوه :

(احدها) ان عدم اعتبار ذلك مما هو صريح بعض الأخبار وظاهر البعض الآخر ، ونقول : اما الأخبار الظاهرة فلعله اراد بها ماورد في الاتجار بمال اليتيم وفي المضاربة على خلاف مقتضى عقدها من ان الربح لليتيم أو المالك والخسارة على العامل ، فان الامام لم يستفصل فيها بين ما اذا كان طرف المعاملات الواقعة على مال اليتيم او غيره حياً أو ميتاً ، فهي مطلقة (وفيه) ان هذه الأخبار اجنبية عن بيع الفضولي . وأما الخبر الصريح فلم نعرفه ، وان كان نظره الى رواية ابن اشيم حيث فرض فيها موت الدافع (ففيه) ان الدافع وكل العبد المأذون في الشراء فلم يكن فضولياً .

(ثانيها) ما تمسك به على عدم اعتبار ذلك من الخبر الوارد في تزويج الصغيرين بدعوى ان الزوجين في النكاح ركن كالعوضين في البيع ، فكما لا يخل تلف احد الزوجين بصحة النكاح لا يضر تلف احد المالين بصحة البيع (وهو غريب منه) أما أولاً - فلان لازم ذلك صحة البيع ولو كان التلف قبل القبض ، لعدم تحقق قبض واقباض في مورد خبر الزوجين ، بل لا معنى فيهما للقبض (وثانياً) نفرض ان

العوضين في البيع بمنزلة الزوجين في النكاح ، الا ان التعدي عن النكاح الى البيع لماذا ؟ مع انه ليس في الخبر عموم علة ، ظاهر المصنف انه بالفحوى والأولوية ومن الواضح عدم ثبوت اولوية في مورد الخبر ، وذلك لأننا وان سلمنا اولوية بيع الفضولي بالصحة من النكاح الفضولي الا ان ذلك انما هو في النكاح المستلزم للوطي ويكون منه الولد ، فلا محالة يكون اهم من البيع ، وأما النكاح في مورد الخبر الذي فرض فيه موت احد الزوجين فلا يترتب عليه وطى ولا ولد سوى انتقال المال بالأثر الذي هو ثابت في البيع أيضاً ، فالأولوية غير ثابتة فيه ، فالتعدي لابد وأن يكون بالقياس ولا نقول به ، فلا بد من الاقتصار على مورد الخبر .

(ثالثها) التمسك بحكاية عروة حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولم يسأل عن حياة الشاة وموته ولا عن ذبحه ، فظهر منه عدم اعتبار بقاء العوضين (وفيه) أما الموت فالمطمئن به عدم تحققه في تلك المدة القصيرة ، وعلى فرض عدمه فلا استصحاب جارٍ ، وأما الذبح فهو أيضاً كذلك ، مضافاً الى انه لا يسقط الشاة عن الملكية ولا عن المالية .

(وبالجمله) قد عرفت ان البيع الواقع على الثمن الشخصي فضولة لا يفسد بموت المالكين على القولين ، بل اذا كان المالك الميت هو الأصيل يكون البيع بقاءً واقعاً على مال وارثه على النقل فيتوقف على اجازته ، وأما الفساد فلا . (وسره) ان المالك ليس ركناً في البيع وإنما الركن فيه هو العوضان . واما اذا طرأ ارتداد احد المالكين ففيما إذا وقع البيع على الثمن الشخصي تظهر الثمرة بين القولين في خصوص المرتد الملى في انتقال المصحف او العبد المسلم اليه ، فان البيع على الكشف صحيح وعلى النقل فاسد ، لعدم قابليته لانتقال العبد أو المصحف اليه (وأما الارتداد الفطري) فحاله حال الموت ، فلا يفسد به البيع الواقع على الثمن الشخصي بل يكون البيع بعد الارتداد واقعاً على مال وارثه ، فيصح باجازه لانتقاله اليه بالارتداد

قوله (قده) : وكذا لو قارن للعقد فقد الشرط - الخ. (١)

الفطري فهو موت شرعاً .

(وأما في الثمن الكلي) فتظهر الثمرة بين الكشف والنقل في الموت ، اذ على الكشف يصح البيع ويكون الثمن الثابت في ذمة الميت كبقية ديونه فيخرج من اصل تركته وعوضه ينتقل الى ورائه ، وأما على النقل فيفسد لعدم وقوع البيع على الثمن الشخصي ليقع للورثة وعدم كون الميت قابلاً لأن ينتقل اليه المال . وهكذا تظهر الثمرة في الثمن الكلي في الارتداد الفطري ، فانه على الكشف يصح البيع فاما أن يخرج الثمن من أمواله وينتقل الباقي الى ورثته كما في الموت ، واما أن يجبر المرتد نفسه على الأداء بأن يكتسب ويحصل المال ويؤد دينه بناءً على القول بأنه يملك ما يحصله بعد ارتداده . وعلى النقل يفسد البيع لعدم قابليته لانتقال المصحف والعبد المسلم اليه ، أو لعدم كونه قابلاً لتملك المسال رأساً على القول به ، فلا فرق بين الموت والارتداد الفطري في الموردين - أي الثمن الشخصي والكلي الذمي - .

(نعم) بينهما فرق فيما اذا كان الثمن فعلاً ، فانه في فرض الموت يفسد البيع لأنه من قبيل تلف الثمن قبل القبض ، فيدخل تحت قاعدة « كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه » . وأما في فرض الارتداد يصح البيع ويجبر المرتد على العمل فيما اذا أمكن ذلك وينتقل عوضه الى وارثه . (نعم) قد يكون العمل مما لا يقدر عليه المرتد كالنيابة في العبادات فيبطل . هذا كله في تفصيل ما تقدم - أي فيما اذا كان العقد واجداً للشرائط وتخلل فقدانه لها قبل لحوق الاجازة - بقى الكلام في العكس .

(١) ظاهر المصنف في هذا الفرض هو بطلان البيع مطلقاً وان ذكر بعد ذلك أن باب المناقشة وان كان واسعاً الا أن الأرجح ما ذكرناه ، ولكن الصحيح هو التفصيل بين الشروط ، فما كان منها معتبراً في العقد حدوداً كشرائط المتعاقدين

- من البلوغ والعقد - يكون فقدانه موجباً للفساد ، فإذا كان العاقد صبيّاً أو مجنوناً حبن العقد فبلغ أو أفاق قبل الاجازة فسد البيع لاحالة ، لأن المحقق كان فاقداً للشرط وبعد تحقق الشرط لم يتحقق عقد آخر ، وهكذا الفرر المعتبر عدمه في العقد فإذا فرضنا كون البيع حين حدوثه غريباً ثم ارتفع قبل الاجازة لا يوجب زواله صحة ما وقع فاسداً .

وأما الشروط الأخر مما يعتبر في العوضين فهي على قسمين . فان كان الشرط الفاقد هي المسالية العرفية كما اذا كان المبيع هي الثمرة قبل بدو صلاحها ثم بدا صلاحها فيما بينه وبين الاجازة ، أو المالية الشرعية كما اذا كان المبيع خمرأ فصار خلا قبل الاجازة بحيث كان ما وقع عليه البيع مباحاً عرفاً أو شرعاً مع ما ورد عليه الاجازة فلا اشكال في الفساد أيضاً ، لأن ما وقع البيع عليه غير قابل للمبادلة وما هو قابل لها لم يقع عليه البيع .

وأما اذا لم يكن التبديل في المالية بل كان التبديل في صفة أو مانع - بأن كان هناك مانع عن الصحة فارتفع - او لم يكن المبيع او الثمن واجداً لصفة معتبرة في صحة البيع فوجد تلك الصفة ، كما اذا فرضنا ان المبيع كان مائناً متنجساً - بناء على مانعية نجاسته عن البيع فظهر بالاتصال بجار أو مطر أو كان المبيع وقفاً ولم يكن يجوز لبيعه فوجد أو كان ام ولد فوات ولدها الى غير ذلك مما لا يوجب تبين الأمرين - فالظاهر هو الصحة ، لأن البيع واقع على العين الموجودة ، والمفروض وجدانها لشرط الصحة حينما يستند البيع الى المالك ويعمه عموم « أوفوا بالعقود » فلا مانع من صحته على القول بالنقل .

(وأوضح) من هذا ما اذا كان الفاقد شرطاً للمالكين - كاسلام من يشترى المصحف او العبد المسلم - فإذا كان المشتري لها حين الشراء كافراً ثم اسلم حين الاجازة لم نر مانعاً من الصحة على النقل ، بل لا يبعد الصحة في الفرضين حتي على

قوله (قده) : وربما يقال بظهور الثمرة - الخ . (١)

الكشف ، فان معنى الكشف ليس حصول المبادلة من حين حدوث البيع ، بل حصولها قبل الاجازة في الزمان الذي يمكن تحققها فيه على ما يأتي تفصيله ، وهو مختار المصنف أيضا ، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع في الصورتين من حين تحقق شرط الصحة وكشف الاجازة عنها .

ظهور الثمرة في الاحكام

(١) قيل ظهورها في الاحكام المتعلقة بملك البائع أو المشتري بنذر أو يمين أو التزام في ضمن عقد لازم أو غير ذلك (ونقول) ان كان الحكم المترتب على ملك البائع أو المشتري موضوعه مجرد الملك ولم يؤخذ فيه امر آخر - كما اذا نذر المشتري أن يتصدق بكل ما يملكه في هذا الشهر فاشترى شيئا من الفضولي واجازه المالك في شهر آخر - فلا محالة يظهر فيه الثمرة على القولين ، اذ على الكشف يجب عليه التصديق بما اشتراه وعلى النقل لا يجب ذلك ، وأما ان كان موضوعه التملك مع جواز التصرف فيه شرعا - كما في الزكاة فيما اذا اشترى احدا مالا زكوا من فضولي واجازه المالك بعد حول مثلا - فلا يظهر فيه ثمرة بين القولين من ناحية المشتري ، فانه لا يجب عليه الزكاة : أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلانه وان كان مالكا للمال من أول الحول الا انه كان ممنوعا من التصرف فيه شرعا بمقتضى الاستصحاب .

(نعم) تظهر الثمرة بالاضافة الى البائع ، فانه على الكشف لا يجب عليه اخراج الزكاة كما لم يجب على المشتري أيضا ، لانه لم يكن مالكا على الكشف وعلى النقل يجب عليه الاخراج لانه كان مالكا يجوز له التصرف شرعا وكان

المال تحت يده خارجاً فيجب عليه اخراج زكاته .

ظهور الثمرة في الخيارات

(وقيل) ايضاً بظهور الثمرة في الخيارات ، ونقول : اما خيار الحيوان فتظهر فيه الثمرة بلا اشكال ، فان قوله عليه السلام « صاحب الحيوان المشتري » بالكسر او الفتح ، المراد من صاحب فيه هو المالك ، وعلى الكشف يكون المشتري من الفضولي مالكا من حين العقد ، فيكون مبدأ خياره من ذلك الزمان ، وعلى النقل لا يكون مالكا للحيوان الا بعد الاجازه ، فيكون منه مبدأ خياره .

(وأما خيار الغبن والعيب) فالظاهر عدم ظهور الثمرة فيها بين القولين . وليعلم أن من له خيار العيب في المقام ليس له المطالبة بالأرض من الطرف ، لأنه غير ملتزم بشيء قبل الاجازة ، فكيف يطالب بدفع الأرض مع عدم التزامه بالعقد بعد ، وانما يكون مخيراً بين امرين من فسخ البيع وامضائه . وتظهر الثمرة بين الفسخ والرد في النماآت فان الفسخ رفع والرد دفع ، ففي فرض الفسخ يكون نداء المبيع الى زمان الفسخ للمشتري ونداء الثمن للبائع ، وهذا بخلاف فرض الرد كما هو ظاهر .

(وأما خيار المجلس) فالظاهر أن الميزان فيه بمجلس الاجازة لعدم صدق البيع على كل من المتعاقدين الا بعد لحوقها حتى على الكشف وثبوت الملكية من زمان حدوث العقد ، ولا ينافي ذلك عدم صدق عنوان البيع الا بعد لحوق الاجازة فانه نظير ما اذا انشأ الملكية السابقة بالبيع في غير الفضولي بناء على صحته ، فان المنشأ حينئذ يكون هي الملكية السابقة ولا يصدق عنوان البيع والشراء الا من حين تحقق البيع . وأما ما ذكره الميرزا من عدم تحقق خيار المجلس في البيع الفضولي فلم نفهم له وجهاً .

قوله (قدّه) : في العقود المترتبة (١)

قوله (قدّه) : وينبغي للتنبيه على أمور : الأول (٢)

(وأما خيار الشفعة) الثابت لكل من الشريكين اذا باع الآخر حصته فتظهر فيه الثمرة بين القولين فيما اذا فرضنا شركة أخوين مثلاً في دار فباع فضول حصته أحدهما لشخص ثم باع الأخ الآخر بنفسه حصته من شخص آخر قبل اجازة أخيه للبيع الواقع على حصته ثم أجاز ، فعلى الكشف يكون خيار الشفعة للمشتري من الفضولي على المشتري من الأصل ، لأنه كان حين شرائه شريكاً مع البائع ، وعلى النقل ينعكس الأمر .

(١) سيأتي البحث عنها وان الاجازة قد تتعلق بالعقد الأول وأخرى بالوسط والثالثة بالأخير ، وحكم كل من ذلك على الكشف والنقل .

تنبيهات المسألة

(٢) من التنبيهات التي أفادها في المقام أن النزاع في كون الاجازة نافذة أو كاشفة ليس في معناها اللغوي او الانصرافي ، وانما هو في الحكم الشرعي المترتب عليها بملاحظة الأدلة ، ثم ذكر أن المجيز لو قصد بالاجازة خلاف ما افق به الفقيه من الحكم الشرعي المترتب عليها من الكشف أو النقل ، ففي صحتها وجهان .

(ونقول) الصحيح هو التفصيل ، فانه لو قلنا بالكشف وقصد المجيز الملكية من حين الاجازة فلا بد من البطلان ، وذلك لأن عمدة الدليل على الكشف ما ذكرناه من أن البيع الفضولي عقد واجد لجميع الشرائط سوى رضا المالك ، فاذا لحقه الرضا يكون مشمولاً للعمومات من حين صدوره . ومن الظاهر أن المنشأ به انما هي الملكية المطلقة ، اذ التقييد مفروض العدم والاهمال غير معقول ، فاذا فرضنا أن

قوله (قدّه) : للثاني انه يشترط في الاجازة (١)

الإجازة لم تتعلق بها بل تعلقت بالملكية من حينها ، فما تحقق - وهو العقد - لم يلحقه الرضا وماتعلق به الرضا لم يكن منشأ أصلاً ليعمه العمومات فيفسد لاحالة . ويتضح هذا بتصويره في الاجازة الفضولية فيما اذا اجازها المالك من وسط المدة .

(وبالجملة) كان عمدة الدليل على صحة الفضولي على الكشف هو شمول العمومات للبيع الفضولي المتعقب بالاجازة ورضا المالك الموجب لاستناده اليه ، فاذا فرضنا ان المنشأ بالبيع هي الملكية المطلقة والاجازة تعلقت بالملكية من حينها فلا محالة لا يكون عقد الفضولي ملحوقاً باجازة المالك فيفسد ، وهذا بخلاف العكس اي اذا قلنا بالنقل وتعلقت الاجازة بالملكية من حين صدور العقد ، فان زمان تحقق الملكية المنشأة بالعقد على الفرض يكون مقارناً بزمان الاجازة ، فتعلق الاجازة بالملكية قبل ذلك يكون لغواً ولا يوجب الفساد - فتأمل . كما اذا قصد القابل في غير الفضولي الملكية من حين الايجاب .

(١) استدل على اعتبار اللفظ في الاجازة بوجهين : (الأول) ان الاجازة تكون كالبيع في كونها موجبة للزوم . وقد أورد عليه المصنف بأنه يشبه المصادرة (الثاني) أن ما ثبت بالاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة هو اعتبار اللفظ ، والنقل الحقيقي في باب الفضولي لا يكون الا بالاجازة ولا بد فيها من اللفظ . (وفيه) انه على فرض تسليم ذلك وان المعاطاة لاتنفيد للزوم لاتقاس الاجازة التي هي من شرائط صحة العقد بنفس العقد الذي به تنشأ الملكية ، فاعتبار شيء فيه لا يستلزم اعتباره فيها مع تحقق العقد باللفظ سابقاً تام الأجزاء والشرائط غير فاقد الاستناد الى المالك .

(ومن هنا يظهر) انه لو اعتبرنا في العقد اللفظ الصريح لا يوجب ذلك اعتبار الصراحة في الاجازة فالصحيح كفاية كل مبرز عرفي في تحقق الاجازة ، سواء كان

لفظاً صريحاً أو كناية أو فعلاً ، من رفع الرأس أو وضعه أو اكل الخبز المشتري فضولة أو نحو ذلك .

(ثم ان) ماله الموضوعية في باب الاجازة هل هو الرضا المجرد المعبر عنه بطيب النفس ولو استكشف من غير طريقة أو لابد فيه من مبرز ؟ ظاهر المصنف هو الأول ، وقد استدل عليه بروايات وبكلمات العلماء :

(من الروايات) ماورد في أن سكوت البكر رضا منها بالنكاح « وفيه » ان السكوت منها مبرز عرفي للرضا والا فلم يكن في الانكار والرد ما يوجب الخجل . (ومنها) ماورد فيمن زوجت نفسها في حال السكر من انها اذا قامت معه بعدما افاقت فذلك رضا منها « وفيه » مضافاً الى ما ذكر انه اجنبي عن الفضولي الذي هو محل الكلام ، اذ استناد العقد في مورده الى من يعتبر استنادة آية تام غاية الأمر اعتبر رضاه لصدوره في غير حال الشعور .

(ومنها) ماورد في سكوت المولى في نكاح العبد وانه لم يعص الله وانما عصى سيده ومعصيته يرتفع بالرضا « وفيه » مضافاً الى ما عرفت من كون السكوت مبرزاً عرفياً انه اجنبي عن الفضولي كما عرفت .

(ومنها) ماورد فيمن له خيار الحيوان من قوله « ارأيت أن لامس او قبل فذلك رضا منه » فحمل الرضا على الفعل المسقط للخيار « وفيه » - مضافاً الى كون ذلك مبرزاً فعلياً ولذا حمل الرضا على الفعل وفي الظاهر انه مبين معه فالمعنى ان ذلك الفعل رضا عملي منه ، اي مبرز للرضا النفساني منه - أن سقوط الخيار لا يربطه بالاجازة .

(وأما) ما تمسك به من كلمات العلماء فنحن ما ذكره في عدم كفاية السكوت في الاجازة من انه اعم من الرضا ، فيظهر من ذلك أن المعتبر عندهم هو الرضا « وفيه » أن السكوت ليس اعم من الرضا بل هما متباينان ، لأن الرضا صفة في

قوله (قده) : الثالث من شروط الاجازة أن لا يسبقها للرد (١)

النفس والسكوت فعل ، فرادهم من الأعمية الأعمية من حيث الكاشفية ، فان الأعم - كما ذكر في المنطق - لا يدل على الأخص ، فهذا يؤيد ما ذكرناه من اعتبار المبرز في الاجازة وان السكوت لا يكفي لعدم كونه مبرزاً عرفياً عنه لكونه اعم منه في مقام الكاشفية .

(ومنها) مذكروه من أن الموكل اذا انكر ما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف يدل على كراهتها ، فيظهر أن الميزان عندهم في الفسخ هو الكراهة (وفيه) انه تارة يفرض ذلك في العقد الخياري - اي في مورد ثبت فيه الخيار للموكل كما حمله عليه الميرزا - واخرى في غيره ، أما على الأول فنفس التبري من العقد يكون فسخاً ، وأما على الثاني فاذا لم يثبت التوكيل لاحالة يكون العقد فضولياً ويكون التبري عنه ردّاً فعلياً .

(ثم) على فرض التنزل ليس قول العلماء وفتاواهم حجة على غيرهم ، فالصحيح اعتبار المبرز في الاجازة ، غايته كل مبرز عرفي وهو الذي اعتبرناه في الاذن السابق ايضاً (وتظهر الثمرة) فيما اذا رضي المالك بالبيع ثم اراد الرد فان قلنا بأن مجرد الرضا اجازة ليس له الرد بعد ذلك لأنه رد بعد الاجازة والا فيجوز رده .

(١) استدلال عليه بأمور :

(الأول) الاجماع . ويرده : أولاً - ان تحقق الاجماع في مسألة اول من تغرض لها الشهيد - ففسد سره - وليس في كلام من سبقه منها عين ولا اثر مشكل جداً . وثانياً - على فرض تحققه ليس اجماعاً تعبيرياً كاشفاً عن رأي المعصوم ووصوله اليه يبدأ بيد كما هو ظاهر .

(الثاني) ان العقد انما هو بمعنى الربط بين طرفيه - أعني الالتزامين - فلا بد

من بقاء كل من الالتزامين حين تحقق الالتزام الآخر ليحصل الارتباط بينهما ، فاذا فرضنا ان الموجب مثلاً رفع اليد عن التزامه حين تحقق القبول لم يحصل العقد وفي المقام يكون المحيز احد طرفي العقد ، فاذا رفع اليد عن التزامه برد العقد الفضيولي يسقط ما تحقق من العقد الفضيولي عن قابلية الارتباط (وفيه) ان محل الكلام ليس رد الأصل ورجوعه عن التزامه ليتفسخ به العقد وانما الكلام في رجوع المالك المحيز ، والمفروض تحقق العقد سابقاً بين الفضول والأصيل وبقاؤه ، غايته لم يكن العقد من طرف الفضول مستنداً الى المالك ويحصل الاستناد بالاجازة ولو بعد الرد .

وبعبارة اخرى : (أولاً) لانسلم ذلك في المقيس عليه ، فاذا فرضنا ان القابل رد الايجاب ولم يرض به ثم قبل لانرى به بأساً ولم يدل دليل على مانعته (وثانياً) على فرض تسليمه في المقيس عليه لانسلمه في المقام ، لأن المفروض فيه تمامية العقد ولم يبق الا الاستناد الى المالك برضاه ، فكما لا تضر بالصحة كراهته النفسية لا يضر به اظهار عدم القبول أيضاً .

(الثالث) انه بعد تحقق العقد الفضيولي يوجد في المال شأنية المبادلة وقابلية النقل والانتقال نظير الوجود الهيولائي ، فانه لم يكن قبل العقد قابلاً لذلك وبعد تحققه صار قابلاً ، وهذا حق مالكي فللمالك أن يعدمه بالرد كما له ان يجعلها فعلية بالاجازة بمقتضى عموم « الناس مسطون على اموالهم » .

(وفيه) منع الصغرى والكبرى : أما الصغرى فممنوعة نقضاً وحلاً ، أما نقضاً فلان ما يوجد بالعقد الفضيولي إن كان حقاً مالكيّاً فكان عدم ثبوته رأساً عند كراهة المالك أولى من القول بثبوته وتسلبت المالك على اعدامه . وأما حلاً فلان ما يوجد بالعقد الفضيولي ليس الا بعض اجزاء موضوع حكم الشارع بالمبادلة نظير الايجاب الذي هو أحد جزئي العقد الذي هو الموضوع للمبادلة شرعاً ، فكما لا يوجد بالايجاب حق مالكي في المال كذلك بالعقد الفضيولي وانما يوجد بهما جزء الموضوع

(وأما الكبرى) فلما ذكرناه سابقاً من أن النبوي مع ضعف سنده ليس مشروعاً وإنما مفاده نفي حرج الإنسان عن التصرف في ماله كما في الصبي والمجنون ، ولذا لم يتمسك به أحد على جواز التصرفات التي يشك فيها .

(وبالجمل) الاستدلال على مانعية الرد عن الاجازة بأنه بالعقد الفضيولي يثبت حق للطرف في مال المالك ، ويعبر عنه بالقابلية وشأنية الانتقال اليه بالاجازة وللمالك اسقاطه بمقتضى عموم سلطنة الناس على اموالهم .

(يرد عليه اولاً) أن النبوي مع الانخفاض عن ضعف سنده ليس مشروعاً (وثانياً) لو بينا على مشروعيته وامكان التمسك بعمومه لجواز التصرف في المال مطلقاً الا انه لا يثبت بالعقد الفضيولي الا جزء موضوع حكم الشارع بالملكية لا انه يوجد بالعقد شيء في مال المالك يعبر عنه بالقابلية ليكون مقتضى سلطنة الناس على اموالهم جواز اسقاطه ، والا لكان عدم تحققه بدون رضاه هو المتيقن فلا بد من القول ببطلان الفضيولي (نعم) له أن يتم ما وقع باسناده الى نفسه بالاجازة كما له أن لا يفعل ذلك ، فلا يقاس الرد بالفسخ في باب الخيار فانه حق ثابت لمن له الخيار يتمكن به من حل المبادلة الواقعة كما له امضاءه باسقاط حقه .

(فتحصل) انه لا دليل على اعتبار عدم سبق الرد في نفوذ الاجازة . ويؤكد ما ذكرناه رواية الوليدة ، فانا - وان ذكرنا أن اخذ الولد يمكن أن لا يكون رداً - الا انه مع ذلك لا يخلو عن الاشعار في الرد .

وأما ما ذكره الميرزا « ره » من قياس الاجازة بعد الرد بالرد بعد الاجازة فقياس مع الفارق ، لأن المال بعد الاجازة مستقر في ملك الطرف ويخرج عن ملك المحيز ، فالرد يكون تصرفاً في مال الغير فلا ينفذ ، وهذا بخلاف الاجازة بعد الرد فانه تصرف في ماله كما هو واضح ، فعدم نفوذ الثاني لا يستلزم عدم نفوذ الأول - اعني مانحن فيه - .

بقي الكلام في أمرين

(أحدهما) انه لو ثبت للنبوي عموم وقعت المعارضة فيه من حيث شموله لكل من الرد والاجازة ، فانه كما يقتضي حينئذ نفوذ اجازته بعد الرد كذلك يقتضي نفوذ رده السابق ، ولا يمكن نفوذ كليهما كما هو ظاهر ، فلا محالة يصير مجملاً (وفيه) أن شموله لما ليس في عرض واحد - فتأمل . بل هو طولي لأن شموله لكل منهما يوجب زوال موضوع الآخر ، فاذا فرض شموله للرد لسبقه مثلاً لا يبق مجال للاجازة وكذا العكس ، فلا وجه للاجمال .

(ثانيهما) ان المصنف بعد ما اورده على التمسك بالصحيحة لجواز الاجازة بعد الرد من احتمال عدم كفاية الفعل كأخذ المبيع في الرد ذكر مباحصله : ان الرد هنا ليس بأولى من الفسخ في البيع الخياري لأن الرد دفع والفسخ رفع ، فاذا اكتفى في الثاني بالفعل كما صرحوا به اكتفى به في الأول بطريق أولى . ثم أجاب بأن الفعل الذي يحصل به الفسخ لا بد وأن يكون من لوازم الملك كالوطى أو العتق فيما انتقل عنه لأمثل اخذ المبيع .

(ونقول) الظاهر تحقق الفسخ بأخذ المبيع أيضاً ، خصوصاً اذا انضم به بعض القرائن الحالية ايضاً من حدة ونحوها .

(والصحيح) أن يدفع الاشكال بنحو آخر بأن يقال : ان القول بأن الفسخ رفع والرد دفع واولوية تحقق الثاني بالفعل عن الأول ، كل ذلك مما لا اساس له ومغالطة ظاهرة ، بل يكون تحقق الفسخ بأخذ المال في مورد الخيار من جهة ان المال قد خرج عن ملك من له الخيار ، فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرماً شرعاً

قوله (قدّه) : للرابع الاجازة اثر (١)

فقد تضى حمل فعل المسلم على الصحة وانه لايفعل المحرم أن يكون اخذه وتصرفه بعنوان الفسخ ، وهذا بخلاف تصرف المالك في البيع الفضولي ، فانه تصرف في ماله واولم يكن بعنوان الرد فيكون جائزاً ، فمن هذه الجهة يكون تصرف من له الخيار فسخاً ولا يكون تصرف المالك المحيز رداً .

(١) نفوذ الاجازة ليس الاحكم الشارع بجواز البيع المستفاد من اطلاق قوله تعالى « أحل الله البيع » ، فهي من آثار سلطنة المالك على ماله فله أن يبيع ماله حدوداً كذلك له أن يسند البيع الواقع على ماله فضولة الى نفسه ، فليست الاجازة من الحقوق لينتقل بموت المالك الى وارثه بل نفس المال ينتقل اليهم ، فيكون لكل من الورثة اجازة البيع فيما انتقل اليه بناء على عدم اعتبار كون المحيز مالكاً حال العقد على ماتقدم وسيجيء بتفصيله في مسألة من باع مال ابيه فبان ميتاً ، غايته مع ثبوت خيار تبعض الصفقة للطرف الآخر اذا أجاز بعض الورثة ورد الآخر ، ومن الظاهر جواز تبعض البيع الواحد وصحته بالاضافة الى بعض المبيع والتمن دون بعض - كما اذا بيع مال الغير فضولة منضمما الى ما لا يقبل البيع اصلاً فأجاز المالك ، فانه يصح فيما هو مقابل للبيع دون غيره - الى غير ذلك .

ثم انه تظهر الثرة بين الوجهين في موردين : (احدهما) فيما اذا وقع الفضولي على ما لا ينتقل الى بعض الورثة كالعقار ، فان له اجازة العقد بناء على كونها من الحقوق لانتقاله اليه وان لم ينتقل اليه المال ، وليس له الاجازة بناء على كونها من الأحكام وعدم انتقالها الى الورثة بل ثبوتها لهم لأجل انتقال المال اليهم (ثانيهما) انه وقع الكلام في كيفية انتقال الحقوق - كحق الخيار مثلاً - الى الورثة فذهب بعض الى انتقاله الى ظبيعي الوارث كالخمس والزكاة ونحوه ، فكل منهم يسبق على اعماله ينفذ منه ، وذهب بعضهم الى انتقاله الى المجموع ، فكأنهم مجموعاً بمنزلة

قوله (قده) : اجازة البيع ليست اجازة للقبض (١)

الميت ولا ينفذ اعماله الا اذا اجتمعوا اليه ، وقد اختار المصنف الأول كما أن المختار هو الثاني ، وهناك وجه ثالث ضعيف وهو تقسيط الحق عليهم بحسب حصصهم من المال (وعليه) فان قلنا بكون الاجازة من الحقوق يجري في انتقالها الى الوارث مانقلناه ، وأما بناء على كونها حكماً شرعياً ثابتاً للمالك فلا ينبغي الرب في ان لكل من الورثة الاجازة والرد في خصوص ما انتقل اليه من المال .

اجازة البيع ليست اجازة للقبض

(١) ليست اجازة البيع اجازة للقبض والاقباض الا في موارد يكون اجازة البيع فيها دون اجازة القبض لغواً كما في بيع الصرف والسلم . ثم اذا صرح الخبز باجازة القبض والاقباض او فهم منه ذلك من باب صون كلامه عن اللغو فله يكون ذلك نافذاً منه بحيث لو تلف المال بعده لم يكن من التلف قبل القبض ، أو ان نفوذ الاجازة في الأمور التكوينية يحتاج الى دليل ولا يكفي فيه دليل صحة العقد الفضولي ؟ فصل المصنف في ذلك بين الثمن والمثمن الكلي والشخصي ، فاختار الصحة في الثاني دون الأول ، بدعوى أن مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري وهو أمر نافذ ، ومرجع اجازة الاقباض الى أن حصول المبيع في يد المشتري باجازة المالك ، ولا نريد في القبض الا استيلاء القابض على المالك برضا المالك ، ويتحقق ذلك بالاجازة بعد حصول المال تحت يد القابض بأي نحو كان . وأما الكلي فتعينه في الموجود الخارجي وتشخصه فيه بالاجازة المتأخرة يحتاج الى دليل . (ونقول) أما ما ذكره في الشخصي وان كان تاماً من ناحية الاقباض الا انه لا يتم في قبض الفضولي ، فان المال بعد اجازة المالك ايضاً غير واصل اليه بل بعد

تحت يد الفضول ، فاذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض وانه من مال بائعه ، فيوجب انفساخ البيع - فتأمل . واذا فرض استناده الى المالك بالاجازة لم لم تكن اجازة التعيين في الكلي موجبا لاستناده الى المالك ، فلا بد من البحث عما يؤثر فيه الاجازة ، وهو قابل الاستناد الى المحيز باجازته وتعيينه عن غيره .

(ونقول) الظاهر نفوذ الاجازة اللاحقة في كل ماينفذ فيه الاذن السابق ، فكما ان الاذن في القبض والاقباض وتعيين الكلي كاف في صحته كذلك الاجازة المتأخرة ، فانه كالتوكيل السابق في كونه موجبا لاستناد العمل الى المحيز ، فيصح اجازة القبض والاقباض مطلقا حتى في الثمن والمثمن الكلي (والحاصل) اجازة العقد غير مستلزم لاجازة القبض الا فيما اذا كان اجازة العقد دون القبض لغوا ، كما في بيع الصرف والسلم اذا حصل التقابض بين فضولين أو الأصيل والفضولي وتحققت الاجازة بعد تفرقهما .

(ثم) اذا أجاز القبض صريحا او بالالتزام فهل ينفذ ذلك أولا ؟ فصل

المصنف في ذلك بين الكلي والشخصي ، وقد ذكرنا انه لا فرق بينها اصلا فلما نقول بنفوذها مطلقا او نقول بعدم نفوذها كذلك . والصحيح هو القول بالنفوذ مطلقا ، لأن القبض ليس من قبيل بعض الأمور الخارجية كالضرب والأكل والشرب ونحوها مما لا يستند الى غير الفاعل المباشر بالاجازة أو الاذن وانما هو نظير الرجوع مما يستند الى غير الفاعل بالاذن وكذا بالاجازة مع قطع النظر عن قيام الاجماع على عدم جريان الفضولية في الايقاعات (وضابط ذلك) ان كلما يستند الى غير الفاعل بالاذن السابق يستند اليه بالاجازة اللاحقة ، ومن الظاهر جريان التوكيل والاذن في القبض ، فيجري فيه الاجازة السابقة أيضاً . ويشهد لذلك أن ذلك امر عرفي ، ولذا لو اذن الدائن أن يدفع المديون دينه الى أحد فسلمه اياه فتلف ليس له عرفاً أن يطالب المديون ثانياً ، وهكذا اذا دفعه المديون الى شخص فأجاز الدائن .

(ثم ان مذكروه) المصنف من كون اجازة العقد اجازة للقبض بالالتزام في مثل بيع الصرف والسلم يرد عليه انه انما يكون كذلك اذا كان المميز عارفاً بالملازمة وان اجازة البيع من دون اجازة القبض يكون لغواً فيقصد اجازة القبض أيضاً . وأما في غير هذا الفرض فلا وجه لكون اجازة البيع اجازة للقبض مع انها امر قصدي لا بد وأن يقصد .

(ومن الغريب) مذكروه قدس سره بعد ذلك من انه اذا أجاز العقد ورد القبض ففي بطلان العقد أو الرد وجهان ، اذلاوجه للحكم ببطلان الرد واثبات اجازة القبض على رقبته مع تصريحه بالرد اصلاً - فتأمل . بل يكون رده للقبض نافذاً ، فلا يبقى اثر لاجازته العقد لفقدان شرطه وهو القبض في المجلس فيبطل .

(ثم لا يخفى) أن نزاع الكشف والنقل غير جار هنا بل لا بد من الالتزام بالنقل فيه ، وذلك لأن القبض ليس من الأمور التعليقية كاجازة البيع ليكون مقتضى نفوذه وشمول العمومات له الحكم بتحقيق الملكية والمبادلة السابقة من حين تحقق الاجازة ، بل يكون اجازة القبض كقبض المميز ، وهو انما يتحقق من حينه فتأمل . فاذا فرضنا ان العقد الواقع فضولة كان هي الهبة المشروطة بالقبض يكون حصول الملكية بها من حين اجازة القبض وهذا معنى النقل ، واذا فرضنا اعتباراً يزيد من ذلك في صحة العقد - كأن يكون القبض في مجلس البيع بمقتضى قوله عليه السلام « يبدأ بيد » - فما ان مجلس البيع الحقيقي يكون مجلس الاجازة لأنها بيع المالك حقيقة ، فاذا أجاز فيه القبض السابق حصل القبض في المجلس لالحالة ، ولا يعتبر في الصرف قبض كل من المتبايعين بنفسه من دون واسطة ، وهو ظاهر .

قوله (قده) : الاجازة ليست على الفور (١)
قوله (قده) : للسابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها (٢)

ليست الاجازة على الفور

(١) لما عرفت من ان اجازة المجهز بيعه ، فكما للمالك أن يبيع وأن لا يبيع كماله المسابقة اليه وله تأخيرها كذلك في الاجازة ، وهذا مقتضى سلطنته على ماله ، وهذا ظاهر .
إنما الكلام في انه اذا لم يميز المالك حتى لازم تضرر الأصيل بناء على لزوم العقد من طرفه وعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وانتقل اليه فهل يتدارك ضرره بالخيار أو اجبار المالك على احد امرين أو لا يثبت شيء من ذلك ؟ قوى المصنف الأول ولكن الثاني هو الصحيح ، أما اجباره فلا وجه له لأنه مسلط على ماله ولم يحدث منه ما يوجب الاجبار ولا دليل عليه ، وأما الخيار فبعض العقود غير قابلة له لا بالجعل ولا بغيره كالنكاح الا في موارد خاصة لاسباب مخصوصة ، وأما في غيره مما يقبل الخيار فلا يثبت ايضاً ، لأن الأصيل هو المقدم على الضرر ولا اقل من القصير الغير الموجب للخيار ، ولا فرق في الضرر بين قصيره وطويله . ولكن الصحيح عدم لزوم العقد من طرف الأصيل في نفسه كما ذكرناه سابقاً ، وهذا أيضاً أحد مؤكداته .

اعتبار مطابقة الاجازة للعقد

(٢) تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد واخرى تكون مخالفة له ، وعلى الثاني تارة يكون اختلافهما بالتباين ، واخرى بالجزئية والكلية وثالثة بالاطلاق والتقييد .
أما في فرض التباين فلا اشكال في البطلان وهو واضح ، كما لا اشكال في الصحة في فرض التطابق ، وأما في فرض العموم والخصوص - اعني الاختلاف بالجزء والكل كما اذا باع الفضولي مجموع الدار فاجاز المالك بيع النصف - فالظاهر هو

الصحة ، لانحلال البيع بحسب اجزاء المبيع والثن ، فكأنه بيع كل جزء بما يقابله من الثمن ، ففي أي مقدار حصلت الاجازة صح البيع وفسد في الباقي ، فيكون من قبيل بيع ما يملك وما لا يملك أو بيع المال المشترك بين شخصين فأجاز احدهما ورد الآخر ، غاية الأمر يثبت للطرف الآخر خيار تبعض الصفقة .

(وأما صورة) الاختلاف بالاطلاق والتقييد - كما اذا وقع العقد مشروطاً فأجاز المالك بلا شرط - فتارة يكون الشرط فيها للمالك المحيز أو الفضولي على الأصيل واخرى من الأصيل على المحيز ، أما ان كان الشرط للمحيز أو الفضولي على الأصيل فلم يجزه المالك فلا بأس به لرجوعه الى اسقاط ما التزم به الأصيل على نفسه - فتأمل . كما لو فرضنا أن الفضولي باع شيئاً واشترط في ضمنه على الأصيل خياطة ثوب نفسه أو ثوب المالك فأجاز المالك البيع مجرداً عن الشرط . وأما فيما اذا انعكس الأمر - بأن اشترط في ضمن البيع للأصيل على المالك شيئاً كخياطة الثوب مثلاً فأجاز المالك البيع المجرد عن الشرط - فذكر المصنف أن الأقوى فيه عدم الجواز ، لأن التبعض في العقد من حيث الاجزاء وان كان امراً ممكنًا إلا أن التبعض من حيث الشرط غير ممكن ، اذ لا يقع بأزائه شيء من الثمن .

(ولكن) الميرزا قدس سره انكر عليه ذلك وذهب الى صحة البيع ، وذكر في وجهه ما حاصله : ان الالتزام الشرطي التزام اجنبي عن الالتزام البيعي ، فعدم اجازة الشرط لا يستلزم عدم اجازة البيع بل يكون ذلك نظير تعدد الشرط الموجب للخيار . (ونقول) ما افاده قدس سره من كون الشرط بالمعنى المصدري لا الاسم المصدري التزام آخر ولا يرجع الى تعليق الالتزام المعاملي وان كان صحيحاً ، والا فان كان الالتزام بالشرط أو الوصف مما علق عليه الالتزام البيعي لزم بطلان البيع اولا لأن التعليق في العقود يوجب البطلان (وثانياً) ان التخلف حينئذ لا بد وأن يكون موجباً للبطلان لا الخيار ، إلا انه لا بد وأن يكون مربوطاً بالالتزام البيعي على ما هو

ظاهر عنوان الشرط لغة ، والا فان كانا التزامين كل منهما اجنبي عن الآخر ، غاية الأمر وجداً مقارنين في الزمان لم يكن وجه لثبوت الخيار عند التخلف ، وذلك واضح .

(وكيفية ارتباطهما) هو أن الالتزام البيعي - أعني اعتبار المبادلة بين المالكين - غير معلق على شيء أصلاً الا ان التزام الشرط بالوفاء بذلك الالتزام والاعتبار واتمامه وعدم رفع اليد عنه مشروط بتحقق الشرط أو الوصف في الخارج والا فهو بالخيار وليس ملتزماً باتمام العقد (وعليه) فالمنشأ بالعقد المشروط انما هي المبادلة الخاصة - أي المقرونة بالخيار عند تخلف الشرط - على ما هو مقتضى تقييد العقد ، فاذا فرضنا تعلق الاجازة بالعقد المطلق الذي لم يقيد بذلك القيد فلا محالة لا يكون العقد الواقع في الخارج متعلقاً للاجازة فيفسد ، فالمعني الذي ذكره الميرزا - وان كان متيناً وهو مختار المصنف ايضاً - الا أن البناء غير تام ، والصحيح هو البطلان وفقاً للمصنف .

وحاصل الكلام

في اختلاف الاجازة والعقدان الاختلاف تارة يكون بالتباين كما اذا بيع الدار الصغيرة فضولة واجاز المالك بيع داره الكبير مثلاً ولا اشكال في فساده ، واخرى يكون بالجزء والكل ، وقد ذكر أن الحكم فيه هو الصحة لأن البيع ينحل الى بيوع عديدة بحسب الأجزاء ، وثالثة بالاطلاق والتقييد ، بأن وقع البيع مشروطاً وأجازة المالك مطلقاً بدون شرط ، وفي هذا الفرض ان كان الشرط على الأصيل فيرجع اجازة البيع على نحو الاطلاق الى تجاوز المالك عن حقه واسقاطه فتأمل ، وهذا لا بأس به . واذا انعكس الأمر - بأن كان الشرط للأصيل على المالك - وقد ذكرنا

أن الظاهر فيه هو البطلان ، وذلك لأن الشروط أو الأوصاف المأخوذة في العقد لا يكون العقد معلقاً على شيء منها والا لزم البطلان بل يكون الالتزام به وإتمامه معلقاً عليها ، الآن نفس الالتزام الثاني مقوم للالتزام الأول - أي الالتزام المعاملي - فالالتزام المعاملي يكون على قسمين : تارة يكون مقيداً بأن يكون الالتزام به معلقاً على تحقق شرط أو وصف في الخارج وأخرى يقيد بكون الالتزام به على نحو الإطلاق (ولا يبعد) أن يكون مرجع الأول الى تعليق الالتزام البيعي على رضا الطرف بثبوت الخيار له عند تخلف الوصف أو الشرط ، وهذا التعليق غير موجب للبطلان لأنه معلق عليه واقعاً - فتأمل . (وعليه) فإذا فرضنا أن المنشأ بالعقد الفضولي هو القسم الأول وما يتعلق به الاجازة هو القسم الثاني بطل لا محالة الا اذا رضي به الأصيل بعد ذلك فانه يصبح كما سيتضح وجهه .

(ولا يقاس) ذلك بتعذر الشرط الموجب للخيار لأن العقد فيه تام ، والمفروض فيه ورود الالتزامين على امر واحد وهو المبادلة الخيارية ، غاية الأمر تعذر إيجاد الفعل خارجاً إما عقلاً وأما شرعاً ، كما اذا كان الشرط تسليم الخمر اياه مثلاً ، وهذا لا ربط له بما هو محل الكلام من عدم ورود الالتزامين على مورد واحد فما افاده المحقق النائيني في غير محله .

(وبما ذكرناه) ظهر دفع ما ربما يتوهم من جريان ما ذكرناه بعينه في فرض الاختلاف بالجزء والكل بتخييل أن المبيع اذا كان هو المجموع فلا محالة يكون مشروطاً بشرط الانضمام ومقيداً به ، فاذا تعلقت الاجازة ببعضه - اي بالخالي عن الانضمام - لم يكن الالتزامان واردين على مورد واحد (وذلك) لأن المنشأ على الفرض انما هو بيع كل من الأجزاء بالالتزام الخياري عند تخلف الشرط الارتكازي ، وهو الانضمام وما يتعلق به الاجازة ايضاً ببيع بعض الأجزاء مع ثبوت الخيار ، فالالتزام البيعي والالتزام المتحقق بالاجازة كلاهما وارد على البيع الخياري فلا اختلاف .

هذا كله فيما اذا عقد الفضولي مشروطاً واجاز المالك بلا شرط ، وأما اذا انعكس الأمر - بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط واجاز المالك مع الشرط - فتارة يكون الشرط على الأصيل للمالك المجيز واخرى يكون للأصيل على المجيز : أما الصورة الأولى فالمحتملات فيها ثلاثة : البطلان مطلقاً ، والتفصيل بين ما اذا رضي به الأصيل فيصح وبين ما اذا لم يرض به فيبطل ، والصحة مطلقاً ، والظاهر منها هو الوجه الوسط . أما وجه البطلان اذا لم يرض الأصيل بالشرط فقد ظهر مما قدمناه ، لأن ما انشأ بالعقد كان بيعاً غير خيارى وما لحق به الاجازة هو البيع الخيارى فلم يردا على مورد واحد ، وأما وجه الصحة اذا رضي الأصيل بالشرط فهو أن وجوب الوفاء بالشرط وان كان مختصاً بالشروط الضمنية ولا يعم الشروط الابتدائية إما للاجماع وإما لظهور عنوان الشرط في خصوص الالتزام المربوط الا انه لا يعتبر في ذلك ورود الايجاب والقبول على الشرط ، بل مقتضى عموم قوله عليه السلام « المؤمنون عند شروطهم » وجوب الوفاء بالشرط مطلقاً ، غايته خرج عنه الشروط الابتدائية للاجماع أو لظهور اللفظ ، فاذا فرضنا تحقيق الشرط في ضمن القبول فقط ورضي به الموجب لزمه الوفاء به لعدم كونه ابتدائياً ، وحينئذ البيع الصادر - وان كان حدوثاً بيعاً مجرداً عن الشرط - الا انه بعد رضا الموجب يكون بقاء بيعاً خيارياً فيتحد مورد الايجاب والقبول ، وفيما نحن فيه يتحد المنشأ بالعقد الفضولي مع ما تعلق به الاجازة بقاء ، وهذا بخلاف ما اذا لم يرض الأصيل بالشرط كما هو ظاهر .

(وأما الصورة الثانية) - اعني ما اذا كان الشرط للأصيل على المجيز - فلا حاجة فيها من اجازة الأصيل للشرط صريحاً ، بل رضاه بالعقد المجرد عن الشرط بالفحوى والأولوية يكون رضااً بالعقد المشروط بالخيار ، فاذا اراد أعمل خياره واذا اراد أسقطه . وهذا نظير ما ذكرناه في رواية محمد بن قيس من ان اذنه صلى

قوله (قدّه) : فاستقصائه يتم ببيان امور : الأول يشترط (١)
قوله (قدّه) : الثاني هل يشترط (٢)

الله عليه وآله بشراء الشاة الواحدة بدينار بالفحوى يكون اذنأ بشراء الشاة بنصف دينار . هذا كله فيما يعتبر في الاجازة ويقع الكلام في المجيز .

اشتراط نفوذ تصرف المجيز حين الاجازة

(١) مما يعتبر في المجيز أن يكون نافذ التصرف حين الاجازة ، وهو واضح ، لأن المجيز بالاجازة يسند العقد الى نفسه فيعتبر فيه مايعتبر في نفس المتعاقدين من غير فرق بين القول بالكشف أو النقل : أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان الاجازة ممن له اهليتها يكشف عن الملكية السابقة لا الاجازة من غيره .

اشتراط وجود المجيز حين العقد

(٢) استدل في محكي القواعد للعلامة على اعتبار وجود المجيز حين صدور العقد بوجهين : (الأول) انه اذا لم يكن المجيز موجوداً حين العقد امتنع صحته ، فاذا امتنعت في زمان امتنعت دائماً (ثانيهما) لزوم تضرر الأصيل من صحة العقد ، لعدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه ، فينتفي بحديث لا ضرر .
(ونقول) تتصور هذه المسألة على وجوه ثلاثة :

(أحدها) ان يراد بالمجيز ذاته ، وعدم وجود المجيز بهذا المعنى غير متصور في الماليات على مسلك الامامية لولاية الامام عليه السلام عليها ، بل على مسلك العامة

ايضاً ، لأن الخليفة أو المنسوب من قبله له الولاية عليها (نعم) يتصور ذلك في نكاح الصغير أو الصغيرة بناء على عدم ثبوت الولاية للإمام عليه السلام على ذلك .
(ثانيها) أن يراد بالمحيز عنوان المحيزية ، كما اذا فرضنا ان ذات المحيز موجود الا أن الوصول اليه يحتاج الى مرور زمان ، أو انه نائم فعلا ولا يمكن ايقاظه الا بعد يوم مثلا ، وهذا يتصور في الماليات في المالك والولي ، بل لا يكون المحيز بهذا المعنى موجوداً حال العقد غالباً .

(ثالثها) أن يراد من عدم وجود المحيز وجود المانع عن الاجازة شرعاً ، كما اذا فرضنا ان مال اليتيم او داره بيع بنصف قيمته ولم تكن الاجازة ذات مصلحة من وقوع البيع ثم بعد مضي مدة سقطت عن المالية لحكم السلطان بتخريبه أو وقوعه في الشارع مثلاً ، فحدثت المصلحة في اجازة البيع السابق ، أما وجود المحيز حين العقد بأحد المعنيين السابقين فاعتباره واضح الفساد لعدم الدليل عليه ، بل ماورد في نكاح الصغيرين بترك الاستفصال فيه يدل على عدم اعتباره ، وانما الكلام في اعتبار وجود المحيز بالمعنى الثالث والظاهر عدم اعتباره أيضاً ، فان زمان الاجازة هو ظرف استناد البيع أو الشراء الى المحيز لأقبله ، فكان المحيز بالاجازة يبيع أو يشتري ، فلا بد من كونه حين الاجازة واجداً للاهلية لا قبلها .

ويتضح ذلك بفرض الكلام في عكس المسألة ، وهو ما اذا كان البيع حين وقوعه مصلحة لليتيم ، ثم صار على خلاف المصلحة حين الاجازة لتفاوت القيمة السوقية او لغير ذلك ، فانه لا اشكال حينئذ في عدم جواز الاجازة . فيعلم منه أن المعيار في المصلحة وعدمها بزمان الاجازة لا العقد .

(فتحصل) انه لا يعتبر وجود المحيز حال العقد بجميع معانيه الثلاثة ، أي لا يعتبر وجود ذاته ولا تمكنه من الاجازة عقلاً ولا تمكنه من الاجازة شرعاً ، بقي الكلام في الدليلين اللذين اقيما على اعتبار وجود المحيز حين العقد من انه اذا لم يكن

قوله (قده) : الثالث لا يشترط في المحيز كونه جائز للتصرف حال للعقد (١)

المحيز موجوداً حال العقد أو لم يكن متمكناً من الاجازة عقلاً أو شرعاً امتنع صحة العقد ، فاذا امتنع في زمان امتنع دائماً ، ومن لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في الثمن والمثمن .

ونقول : أما لزوم الضرر ففيه (أولاً) انه مبني على لزوم العقد من طرف الأصل ، وقد عرفت أن الصحيح جوازه من طرفه (وثانياً) ينتقض ذلك بما اذا كان المحيز موجوداً حال العقد ولكنه لم يحز ولم يرد بحيث لزم منه تضرر المشتري ، فما تقولونه هناك نقول به في المقام .

(وأما الامتناع) فلم نفهم مراد العلامة « قده » منه ، فان الشيء اذا امتنع ذاتاً في زمان كامتناع اجتماع النقيضين امتنع دائماً كما افاد ، وأما اذا امتنع شيء في زمان بالغير - أي لعدم تحقق علته - فلا مانع من وجوبه بعد ذلك لوجود علته . ومن الظاهر أن امتناع صحة العقد في المقام ليس امتناعاً ذاتياً ، وانما هو امتناع بالغير من جهة عدم تحقق العلة ، وهي استناد العقد الى من يعتبر استناده اليه لعدم وجود المصلحة أو لغير ذلك ، فاذا وجدت المصلحة وتحققت الاجازة والاستناد وجبت الصحة ، فالصحيح عدم اعتبار وجود ذات المحيز ولا تمكنه من الاجازة عقلاً ولا شرعاً .

اشتراط كون المحيز جائز التصرف

حال العقد

(١) قد يكون عدم جواز تصرفه حال العقد لعدم مقتضي - أي لعدم كونه مالكا - واخرى لفقدان الشرط ، كما اذا لم يكن المالك حين العقد بالغاً أو عقلاً

او رشيداً ، وثالثة لوجود المانع كما اذا كان العين مرهونة حال البيع ثم فكها المالك من الرهن فأجاز البيع او وجد الشرط في الفرض الثاني او حصل الملك بنقل قهري او اختياري في الأول حين الإجازة ، فهل يكفى ذلك في صحة العقد أولاً ؟ وظاهر المصنف كون المسائل ثلاث على ما بيناه الا انه لم يتعرض للمسألتين .

(وبالجمله) عدم جواز تصرف المحيز حال العقد قد يكون لعدم المقتضي وقد يكون لوجود المانع ، وعدم المقتضي قد يكون من جهة عدم كون المحيز مالاً حال العقد وقد يكون من جهة كونه فاقداً للشرط من بلوغ او عقل او رشد ووجود المانع مثل كون المال متعلقاً لحق الغير . ثم عدم ملكية المحيز تارة يكون واقعياً كمن باع ثم ملك ، واخرى ظاهرياً ثم ينكشف الخلاف كمن باع مال أبيه مع استصحاب حياته ثم بان موته ، وثالثة يكون اعتقادياً كمن اعتقد كون المال لغيره فباعه ثم انكشف الخلاف ، فهنا مسائل :

(الأولى) فيما اذا كان المحيز فاقداً للشرط حين البيع بأن كان صبيّاً او سفهياً أو مجنوناً ، والظاهر فيها الحكم بالصحة اذا أجاز الولي أو صار هو الولي على ماله فأجاز ، بناء على ماتقدم من عقد الصبي اذا أجاز الولي فيما اذا كان هو المنشئ للبيع لا غير البائع ، وذلك لأن العقد الواقع - وان كان حين حدوثه مستنداً الى المالك - الا أن هذا الاستناد كان ملغى في نظر الشارع ولم يعتبره لفقدان الشرط ، ولم يكن العقد مستنداً الى من يعتبر استناده اليه ، فلا بد من تحقق الاستناد بعد تحقق الشرط ، فاذا تحقق الاستناد صح (نعم) لو قلنا بسقوط انشاء الصبي ومن يحكمه لم يكن العقد الصادر منه قابلاً للصحة ، ويدل عليه أو يؤكد الاخبار الواردة في نكاح الصغار .

(الثانية) فيما اذا كان المبيع متعلقاً بحق الغير حين العقد ، وفي هذا الفرض تارة يكون البائع هو المرتهن واخرى يكون شخصاً اجنبياً وثالثة يكون هو الرهن أما اذا باع المرتهن العين المرهونة فلا اشكال في صحته اذا أجاز المالك لرجوع يبعه

الى اسقاط حقه ، وهكذا اذا باع الأجنبي فأجاز المالك الراهن والمرتهن معاً ، فانه ايضاً لا اشكال فيه من الجهة التي نذكر في الصورة الآتية ، وانما الكلام فيما اذا كان البائع هو الراهن ثم أدى دينه وفك الرهن فانه ربما يفصل بينه وبين الفرضين السابقين ، فيحكم فيه بالبطلان بدعوى أن العقد الواقع من حين حدوثه مستند الى المالك على الفرض ، ولذا لا حاجة الى اجازته بعد ذلك ، ومع ذلك لم يكن مشمولاً للعمومات فلا يقاس بالعقد الفضولي الذي ليس مستنداً الى من يعتبر استناده اليه قبل الاجازة وبعد ما استند اليه يعمه العمومات . (ومن هنا) فرقوا في النكاح بين ما اذا كان فضولياً غير مستند الى الزوجين وما كان استناده تاماً وكان المانع من جهة تعلق حق الغير ، كالنكاح ببنت اخ الزوجة أو اختها ، فانه لا يصح الا بالاذن السابق لعين ما تقدم .

(هذا) ولكن الحق هو الصحة وعدم الفرق بين هذه الصورة والصورتين السابقتين ، وذلك لأنه انما يرفع اليد عن العمومات في موارد تعلق حق الغير كالعين المرهونة أو النكاح ببنت اخ الزوجة أو بنت أختها من جهة ورود الدليل على اعتبار رضى من له الحق ، فيكون ذاك الدليل مخصصاً زمانياً للعمومات لا افرادياً ، فما دام لم يتحقق رضاؤه لاتعم العمومات للدليل وبعد حصول رضاه تعمه (ومما يوضح ذلك) ماورد في نكاح العبد بدون اذن سيده من انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا أجاز جاز ، فان استناد النكاح فيه الى الزوج كان محققاً من حين حدوثه غاية الأمر اعتبر فيه رضا السيد فلم يكن يعمه العمومات. الا بعد لحوقه ، فالتفصيل بين الصور لوجه له .

(والحاصل) اذا باع الراهن العين المرهونة فأجاز المرتهن فلا اشكال في الصحة ولكنه خارج عن محل الكلام ، وأما اذا باعه الراهن ولم يجز المرتهن الى أن فكها المالك من الرهن فهل يصح البيع بذلك أم لا ؟ ربما يتوهم البطلان ،

بدعوى أن ادلة صحة بيع الفضولي غير شامل للفرض ، لأنها ظاهرة في صحة العقد بعد استناده الى المالك ، والمفروض في المقام عدم الصحة بعد تمامية الاستناد أيضاً لكون العين متعلقاً لحق المرتهن ، والمفروض عدم تحقق عقد آخر بعد سقوط حقه ولكن الصحيح أن مقتضى العمومات - مع ما دل على اعتبار رضى المرتهن أو كون المالك طلقاً - هو الصحة بعد لحوق رضاه أو سقوط حقه ، وهذه من صغريات الكبرى المعروفة ، وهي ما اذا ورد دليل ودار أمره بين التقييد والتخصيص - كما اذا ورد وجوب اكرام العلماء وعلمنا بعدم وجوب اكرام زيد العالم - ودار الأمر بين خروجه مطلقاً وخروجه في زمان خاص ، والصحيح هو التقييد للاختصار على القدر المتيقن . وفيما نحن فيه ايضاً تقتصر في رفع اليد عن العمومات بما اذا لم يسقط حق المرتهن دون ما اذا سقط برضاه أو بأداء دينه .

وهذا واضح وانما الكلام في موردين : (الأول) في انه هل يحتاج الى اجازة المالك بعد فك الرهن او لاجابة اليها ؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأن الاحتياج الى الاجازة انما كان من جهة حصول الاستناد الى المالك ، وفي الفرض الاستناد اليه موجود تكوينياً وشرعاً ، وانما كان المانع عن الصحة تعلق حق المرتهن بالعين ، وقد سقط على الفرض فلا موجب لاجازة المالك .

(الثاني) في أن نزاع الكشف والنقل هل يجري في المقام وهل يحتمل فيه الكشف ام لا ؟ الظاهر هو الثاني وتعين القول بالنقل لكن بالمعنى الذي نبينه ، وذلك لأننا انما قلنا بالكشف في بيع الفضولي من جهة أن الاجازة كانت متعلقة بالبيع السابق واستند بها البيع السابق الى المالك ، فكان مقتضى صحته ترتب آثار الملك من حين صدور العقد ، وأما فيما نحن فيه فالعقد كان من حين صدوره مستنداً الى المالك وانما كان عدم صحته من جهة اعتبار أحد امرين في صحة البيع : إما كون المال ملكاً طلقاً ، وإما تحقق الرضا ممن له الحق في المال فلا يترتب الأثر عليه الا بعد حصول

قوله (قده) : أما المسألة الأولى (١)

الشرط وهو سقوط حق المرتهن وصيرورة الملك طلقاً للبائع لاقبله نظير القبض في بيع الصرف والسلم ، فان الأثر لا يترتب عليه الا بعد حصول القبض لا أن القبض يكشف عن ترتب الأثر عليه من حين صدوره .

(ومن هنا) يعلم أن البائع للعين المرهونة لو كان فضولياً - أي غير المالك - فأجاز المالك بعد ما فلك العين عن الرهن يترتب عليه آثار المبادلة من حين سقوط حق المرتهن لاقبله ، وهذا أيضاً نقل بمعنى كما ذكرنا . هذا كله فيما اذا كان عدم جواز تصرف المميز حين العقد من جهة فقدان الشرط أو وجود المانع .

المسألة الأولى

(١) هذه المسألة فيما اذا كان عدم جواز تصرفه من جهة عدم المقتضي - أي عدم كونه مالكا - وقد جعلها المصنف على اقسام ثلاثة : لأنه تارة لا يكون مالكا حين العقد واقعاً فيبيع مال الغير لنفسه مع العلم بأنه ليس له ، فيملكه بعد ذلك بسبب اختياري أو قهري ، واخرى يبيع مال الغير لنفسه مع عدم كونه مالكا ظاهراً فيتكشف الخلاف ، وثالثة يعتقد أنه مال الغير فيبيعه للمالك ثم يكتشف خطأه وانه له . (أما الفرض الأول) ففيه قولان الصحة والبطالان ، وقد نسب الصحة الى الشيخ استناداً الى ما ذكره في المال الزكوي قبل اخراج زكاته من صحة البيع في جميع المال اذا اغترم المال حصة الفقراء فان الفقراء شركاء في المال بأحد معاني الشركة من الشركة في العين أو في المالية أو بنحو الكلي في المعين ، فلم يكن البائع مالكا لحصتهم حين البيع ثم يملكها بعد أداء الزكاة من ماله الآخر . ولذا أورد عليه المحقق في المعتبر من ابتناء الصحة فيها على صحة بيع من باع ثم ملك (ولكن الصحيح) عدم ابتنائها

على ذلك ، فان هذه المسألة منصوصة ، وقد ذكر المصنف النص الوارد فيها في كتاب الزكاة (١) كما نقلها المحقق أيضاً ، ومضمونه أن المشتري في الفرض يؤدي الزكاة ثم يتبع البائع - أي يسترجع منه ما يقابله من الثمن أو يؤدي البائع لنفسه الزكاة - فيصح البيع في الجميع ، فمن المحتمل قريباً أن يكون منشأ ذهاب الشيخ الى الصحة التعبد بمقتضى الصحة لا القاعدة ، فلا وجه لما ذكره المحقق كما لا وجه لما اعترض به المصنف عليه من توجيه ما ذهب اليه الشيخ بحمله على احتمال أن لا يكون مسلك الشيخ في الزكاة شركة الفقراء مع المالك بجميع معانيها وكونه قائلاً بتعلق حقهم بالمال ، فانه على ما بيناه مع التزامه بالشركة والتزامه بعدم صحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك يمكنه القول بصحة بيع جميع المال البالغ حد النصاب للنص الوارد فيها (وكيف كان) فلا يمكن اسناد القول بصحة البيع فيمن باع شيئاً ثم ملك الى أحد بمجرد ذهابه الى صحة بيع المال الزكوي ، فلا بد من التكلم فيما تقتضيه القاعدة في ذلك .

(والحاصل) لاملزمة بين ما نحن فيه - أعني من باع ثم ملك - وبين بيع المال الزكوي ، فانه وإن كانت من صغريات هذه الكبرى الا انه مورد للنص الخاص ، ولا يرفع اليد عنه بكونه مخالفاً للقاعدة مثلاً ، ولذا قلنا بعدم امكان اسناد القول بالصحة في المقام الى الشيخ لذهابه الى الصحة في بيع المال الزكوي .

(ثم ان المسألة) كما عرفت في نفسها ذات قولين ، وسنعرض الى الحاجة

(١) ذكر في الوسائل ج - ٦ - ص ٨٦ في الباب - ١٢ - من كتاب الزكاة ، المطبوع حديثاً . ما هذا لفظه : محمد بن يعقوب ، عن علي بن ابراهيم ، عن أبيه ، عن حماد بن عيسى ، عن حريز ، عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال : قلت لابي عبد الله (ع) : رجل لم يترك لبله أو شاته عامين فباعها على من اشتراها ان يتركها لما مضى ؟ قال : نعم تؤخذ منه زكاتها ويتبع البائع أو يؤدي زكاتها البائع . انتهى .

الى الاجازة بعد ممالك وعدمه ، ففرض الكلام فعلا فيما اذا لحقته الاجازة بعد حصول الملك ، ولا يثبت في أن مقتضى العمرات هو الصحة كما صرح بالمصنف الا أن المحقق التستري ذهب الى البطلان واستدل عليه بوجوه :

الوجه الاول مما استدل به المحقق التستري

على البطلان

(منها) ما تقدم في بطلان بيع الغاصب ، وما ذكر هناك امور : (احدها) أن الغاصب غير قاصد لحقيقة المبادلة ، وانما يقصد تملك مال الغير بخروج مال شخص آخر عن ملكه لأنه ليس طرف الاضافة (وقد أجبنا) عنه هناك بوجهين : « احدهما » ما ذكره الميرزا من أن الغاصب يرى نفسه مالكا ادعاءً ، فكأنه يسترق الاضافة من المالك أيضاً ، نظير المجاز الادعائي الذي يدعيه السكاكي ، فيقصد تبديل طرفي الاضافة وان كانت اضافة العين المغصوبة اليه اضافة ادعائية (وهذا الجواب) على تقدير تماميته غير جار في المقام ، لأن من يبيع مال غيره ثم يملكه لا يرى نفسه مالكا حتى ادعاءً . (وتوهم) كونه طرف الاضافة بالأول والمشاركة واضح الفساد ، فانه لا يوجب تحقق الاضافة فعلا حتى ينحو الادعاء ، ولعل المحقق التستري نظر الى هذا الجواب حيث قال على ما حكاه المصنف : « وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك » أي من الجواب عن الاشكال (ولكن) هذا الجواب فاسد في نفسه ، اذ لا معنى للادعاء في الأمر الاختياري كما لا معنى لسرقته ، والغاصب إنما يسرق المال لا الاضافة « ثانيها » ما يظهر من كلمات المصنف أيضاً وهو أن حقيقة المبادلة ليست متقومة بالمالكين وانما هي متقومة بالمالين ، فقصد وقوع البيع للمالك قصد لغو كما أن قصد وقوعه لغيره قصد غلط لا اعتناء به .

قوله (قدّه) : للثاني - انا حيث جوزنا (١)

(ثانيها) ان ما ينشأ ببيع الغاصب - وهو بيع العين لنفسه - لا يتعلق به الاجازة ، فان المالك انما يجيز البيع لنفسه لا للغاصب ، فلا يرد البيع والاجازة على مورد واحد . (وهذا) الوجه غير جار في المقام ، لأن المفروض أن المحيز يجيز البيع لنفسه بعد ما يملك - وهو المنشأ بالعقد - وهذا هو مراد المصنف بقوله : « وربما يسلم هنا من بعض الاشكالات الجارية هناك » .

(ثالثها) الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك وانه لا بيع الا في ملك ، وقد تعرضنا لمفادها هناك (١) ، الا أن المحقق التستري جعلها وجهاً مستقلاً في المقام ، وهو الوجه السابع ، ونعرض له هناك تبعاً له « قدّه » .

الوجه الثاني

(١) هذا هو الوجه الثاني من وجوه المنع ، وحاصله : انه يعتبر في البائع أمور ثلاثة حين البيع : أن يكون مالكاً ، وأن يكون راضياً ، وأن يكون قادراً على التسليم . وتحققها في بيع الأصيل ظاهر ، وأما اذا كان البائع فضولياً فبما أن البائع الحقيقي هو المالك المحيز يعتبر تحقق هذه الأمور الثلاثة فيه حين البيع والا فيبطل ، وأما فيمن باع ثم ملك فليس المحيز واجداً لشيء من هذه الأمور حين البيع - انتهى . والمصنف حلل هذا الوجه الى جهتين : احدهما عدم وجود الرضا بالبيع ممن يعتبر رضاه في البيع . ثانيها عدم القدرة على التسليم كذلك (واجاب عن الأولى) بأنه لا يستفاد من دليل اعتبار الرضا وهو قوله تعالى « الا أن تكون تجارة عن تراض » أكثر من اعتبار رضا المالك المحيز حين الاجازة واستناد العقد اليه

وصيرورته تجارة له (وعن الثانية) بأن القدرة على التسليم حين البيع - وان كان معتبراً في صحته - الا انها لا بد وان تكون مفروضة في المقام ، لأن الكلام في بيع الفضولي انما هو في فرض استجماعه لساثر الشرائط عدا كون البائع مالكا ، فالمناقشة في المقام من حيث فقد بقية الشرائط لا وجه لها .

(استدراك)

ذكرنا أن مقتضى العمومات فيمن باع شيئاً ثم ملك وأجاز هو الصحة ، فلو لم يكن مانع في البيع لا بد من الالتزام بها ، فلا بد من البحث عما احتمل كونه مانعاً وهو امور ذكرها التسري :

(الأول) انه غير قاصد لحقيقة البيع والمبادلة كما في بيع الغاصب . وقد أجبنا عنه في بيع الغاصب بأنه يدعي نفسه مالكا إما عدوانا او باعتبار العقلاء أو الفساق ، فهو يقصد حقيقة المبادلة بين المالكين من حيث طرفي الاضافة ويستعمل اللفظ في ذلك حقيقة ويكون المجاز والادعاء في التطبيق ، وهذا هو المجاز الادعائي الذي قال به السكاكي (وهذا) الوجه غير جار فيما نحن فيه ، فالصحيح أن يقال : ان من باع شيئاً ثم ملك إما ان يقصد المبادلة بين المالكين بعد انتقال المبيع اليه - بأن يكون الانشاء فعليا والمنشأ امراً استقباليا كما في الوصية - وحينئذ يكون قاصداً لحقيقة البيع ، الا ان الاشكال فيه انما هو من جهة التعليق المجمع على بطلانه - أعني التعليق على ما لا يكون البيع معلقا عليه في نفسه فتأمل - وإما يقصد المبادلة الفعلية ، وحينئذ لا يكون قاصداً لحقيقة البيع الذي هو عبارة عن تبديل طرفي الاضافة كما ذكر المحقق التسري ، ولا يجري فيه ماذكر في بيع الغاصب ، لأن البائع لا يرى نفسه مالكا وطرفا للاضافة حتى ادعاءً فكأنه ينشأ هبتين مجانيتين لا المبادلة بين

المالين ، فلا يصح ولو أجاز المالك أيضا لعدم تحقق البيع ليلحق به الاجازة .
 (وبالجمله) البيع وان لم يكن متقوما بالمالكين بل هو متقوم بالمالين - كما
 ذكرنا - الا انه عبارة عن المبادلة بين المالين في جهة الاضافة ، فلا بد من قصدھا
 عند الانشاء ، فاذا باع غير المالك مال غيره لنفسه فان كان يرى نفسه طرفا للاضافة
 إما عدوانا كما في الغاصب وإما من جهة الخطأ واعتقاد أنه ملك له ، كما قد يتيقن
 ذلك في المال المودع عند شخص كان قاصداً لحقيقة البيع ، غاية الأمر كان مخطئا
 في تطبيقه ، فيصح اذا اجاز المالك (وأما) إن لم يكن بانيا على انه طرف للاضافة
 ومع ذلك باع الشيء لنفسه وقصد خروج المال عن ملك شخص ودخول عوضه
 في كيسه فهو غير قاصد للبيع اصلا ، ولا يكون قابلا للصحة لا باجازة المالك
 الأصلي ولا باجازة نفسه بعد ما يملك .

(هذا كله) استدراك للوجه الأول ، فرجع الى ما كنا فيه من الوجه الثاني ،
 وقد ذكرنا أن المصنف جعله منحلّا الى وجهين : احدهما اعتبار رضا المالك حين
 البيع ، والثاني اعتبار قدرة البائع على التسليم (واجاب عن الأول) بأن المستفاد من
 أدلة اعتبار الرضا ليس الا اعتباره من المالك المجيز حين الاجازة واستناد العقد اليه
 (وعن الثاني) بأن القدرة على التسليم وإن كانت معتبرة حين البيع الا انه لا بد وأن
 يقدر مفروض الوجود في المقام ، فان الكلام في صحة الفضولي إنما هو في فرض
 استعجاع العقد لجميع الشروط عدا رضا المالك ، فكأنه « قده » التزم بالبطلان في
 المقام اذا لم يكن المالك قادراً على التسليم من حين البيع .

(ونقول) لوجه لهذا الالتزام ، وذلك لأنه لم يرد دليل خاص على اعتبار
 القدرة على التسليم بعنوانها ، بل دليل اعتبارها منحصر بالاجماع والغرر (أما
 الاجماع) فلا بد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو اعتبار القدرة على التسليم حين
 تحقق حقيقة البيع ، واستناده الى المالك وهو زمان الاجازة لامن حين الانشاء (وأما

قوله (قده): الثالث - ان الاجازة حيث صحت كاشفة - الخ (١)

النهى عن الغرر) فوضوعه الخطر ولاخطر من عدم قدرة المالك على التسليم قبل تحقق الاجازة ، وإنما يلزم الخطر منها بعد تحقق حقيقه البيع - فلا بد من ثبوت القدرة على التسليم من حين الاجازة لاجل العقد - (وبالجمله) المنهى عنه هو البيع الغروري لا العقد الغروري ، فاذا لم يكن فى البين غرر حين الاجازة لامانع من الصحة .

(ثم لاينحى) أن ما هو شرط صحة البيع هو القدرة على التسليم ، وأما التسليم الخارجى فهو شرط ارتكازي فى ضمن البيع ، وتخلفه يوجب الخيار لا البطلان .

الوجه الثالث

(١) حاصله ان مقتضى العمومات هو أن الاجازة كاشفة عن تحقق المبادلة من حين صدور العقد ، فاذا فرضنا صحة البيع فى المقام لا محالة تكون الاجازة كاشفة عن دخول المال فى ملك المشتري من حين صدور العقد ، وفى ذاك الوقت لم يكن داخلًا فى ملك المميز ليخرج عنه الى المالك المشتري ، فيكون الخروج قبل الدخول ، ومن الظاهر توقفه عليه .

(وأجاب عنه) المصنف بأن الاشكال مبني على ان تكون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد ، وليس كذلك بل المراد بالكشف كشفها عن الملك من حين القابلية ، ففما نحن فيه تكون الاجازة كاشفة عن ثبوت الملك من حين انتقال المال الى المميز ، ثم ذكر فى طي كلامه أن المقتضى للصحة فى المقام موجود - وهي العمومات - ولا مانع عن الصحة سوى رضا المالك المميز ، فاذا تحقق رضاه يكشف ذلك عن ثبوت الملكية من أول أزمته القابلية ولا يلزم من الالتزام بالكشف بهذا

المعنى محال عقلي ولا شرعي (ثم ذكر) ان المقام لا يقاس بما اذا خصص المالك المحيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد بأن اجازته من حين الاجازة ، فان البطلان هناك كما لا يستلزم الفساد في المقام لأن العقد هناك قابل لترتيب الأثر عليه من حينه بخلاف ما نحن فيه الذي لا قابلية لحصول الملك الا في زمان متأخر عن البيع - انتهى . (واورد) المحقق النائيني على ما ذكره من عدم المانع عن الصحة بما حاصله ان المانع عنها موجود ، وهو بيع المالك ، فانه رد للبيع الأول . وبعبارة اخرى : يعتبر في قابلية العقد للحقوق الاجازة به أن لا يفصل بينه وبين الاجازة ما يسقطه ، وفي المقام بيع المالك الأول يكون رداً للبيع ، فلا موضوع لاجازة البائع بعد مملكه وقد مر أن المالك كما له اجازة العقد الواقع على ملكه له رده واسقاط الأمر الاعتباري الذي وجد في ماله .

وفيه : (أولاً) لو سلمنا أن للمالك رد البيع الواقع على ماله واسقاطه لأنه من شؤون سلطنة الناس على أموالهم الا ان موضوع قوله عليه السلام « الناس مسلطون على أموالهم » هو مال شخص الانسان لامال غيره ، فليس للمالك الأصلي إسقاط العقد الواقع على مال غيره بقاءً كما في المقام (وثانياً) ان هذا إنما يجري فيما اذا ملك البائع ما باعه في الشراء ولا يجري فيما اذا ملكه بالارث .

(ومن الغريب) ما ذكره المحقق المذكور بعد ذلك من أن تأثير الاجازة في حصول الملك لا من حين العقد يحتاج الى دليل ، وانه لا يقاس مسألتنا على مسألة الأثر ، لأنه لو اجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر اجازته على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام به في المقام - انتهى .

وأما ما ذكره المصنف من التفرقة بين المقام وبينما اذا خصص المالك المحيز الاجازة بزمان متأخر عن العقد فغير تام ، لجريان وجه البطلان هناك في المقام ، اذ الوجه فيه ليس الا أن المنشأ بالعقد إنما هي الملكية المطلقة من حين العقد ، فاذا

قوله (قدّه) : الرابع - ان العقد الاول (١)

تعلقت الاجازة بالملكية المتأخرة عنه لم تتعلق الاجازة بمما وقع ، فما وقع لم يجز وما جاز لم يقع ، وفي المقام أيضاً يجري هذا الوجه ، لأنه اذا سئل المشتري من أي زمان اشترت ؟ اجاب بأني اشترت من حين العقد ، والمفروض عدم تعلق الاجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلك لمانع شرعي ، فلو قلنا بالبطلان هناك لا بد من القول به في المقام أيضاً .

الوجه الرابع

(١) حاصله ان صحة هذا العقد على الكشف يستلزم كون المال ملكاً لشخصين في زمان العقد : احدهما المشتري ، والآخر المالك الأصلي ، وهو مستحيل (وبعبارة اخرى) يلزم من ملكية المشتري عدم كونه مالكا ، وذلك لأن المشتري انما يتلقى الملك من المميز ، وهو يتلقاه من المالك الأصلي ، فلكية المشتري متوقفة على ملكية الأصل - أي المالك الأول - مع ان مالكيته بنفي ملكية المالك الأصلي ، فيلزم من ملكية المشتري عدم مالكيته ، وهو محال .

(والجواب عنه) ان لزوم ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن الملكية من حين العقد ، وقد عرفت فسادها ، وانما تكشف الاجازة عن الملكية من حين القابلية - وهو زمان انتقال المال الى المميز - (الا انه يبقى اشكال عام) في جميع موارد الفضيولي على الكشف ، وهو لزوم اجتماع مالكين على مال واحد في زمان البيع وهو المالك الأصلي ومن انتقل اليه المال ، وفي المقام يلزم ذلك من حين انتقال المال الى المميز . (وحاصل الاشكال الرابع) هو أن المفروض أن المال الواحد وقع عليه عقدان ، وصحة الأول منها متوقف على صحة العقد الثاني ، والا لم يكن لاجازة العقد

الأول اثر في صحته اصلاً ، وصحة العقد الثاني متوقفة على بقاء المال على ملك مالكة الأول ، وهو بنا في صحة العقد الأول ، اذ لازمه على الكشف خروجه عن ملك المالك الأصلي ودخوله في ملك المشتري أو الالتزام باجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد ، وهو محال لأنها متضادان .

ثم ذكر المحقق التستري بعد بيان هذا الوجه : (فان قلت) مثل هذا لازم في كل عقد فضولي ، لأن صحته على الكشف تقتضي أن يكون المشتري مالكا من حين العقد ، مع ان صحته متوقفة على بقائه في ملك المالك المجيز لتنفيذ اجازته والمفروض انه كاشف عن ملكية المشتري من حين العقد (واجاب عن ذلك) بأنه يكفي في الاجازة الملكية الظاهرة الحاصلة من الاستصحاب ، لأنها في الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ، ولا يكفي الملك الصوري في البيع الثاني .

(واجاب الميرزا قده) عن الاشكال بالالتزام بالملكية كل منها وانه لا مانع من ذلك لكونها طوليين ، كما فيما يملكه العبد ، فانه مملوك له ومملوك لمولاه أيضاً لكن طولاً (وفيه) ان الالتزام بذلك في العبد وما يملكه وان كان ممكناً اذ لا مانع من اعتبار ملكية ضيقة للعبد تترتب عليها بعض الآثار واعتبار ملكية المولى للعبد ، فيكون مالكا لما يملكه أيضاً بالتبع ، نظير ملكية الله تعالى لعبده وأملاكهم (الا ان ذلك) غير جار في المقام ، اذ لا طولية للملكية المشتري والمالك المجيز غير كون ملكية المشتري معلولة للملكية المجيز ، والا فهما ملكيتان مستقلتان والتنافي بينهما واضح ، فما اجاب به « قده » غير تام .

(وأما) ما ذكره التستري فأورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحة (أولاً) ان الملكية الصورية غير كافية في الاجازة ، ولذا لو فرضنا أن مال احد بيع فضولة ثم باعه وكيله من شخص آخر ولم يعلم به المالك فأجاز البيع الفضولي لم تصح الاجازة مع ثبوت الملكية الاستصحابية له (وثانياً) ان الاجازة كالبيع لأنها اسناد

قوله (قدّه) : ان الإجازة المتأخرة (١)

العقد الواقع فضولة بالمالك ، فكأنه يبيع حقيقة بالإجازة ، فلا فرق بينهما وبين البيع (وثالثاً) نسلم أن الإجازة إسقاط حق ، الا ان إسقاط الحق انما يتم في الحق المتعلق بمال نفسه لا بمال غيره .

(ثم) ان المصنف كأنه التزم بالاشكال على القول بالكشف الحقيقي ، ولكن الظاهر انه لاوجه للالتزام به (وذلك) لأنه لو قام دليل على الكشف كذلك لحكمتنا بعدم اعتبار الملكية الحقيقية في المجيز ، اذ لا مانع من ان يعتبر الشارع اجازة الأجنبي في صحة الفضولي ، لكن الأجنبي الذي باجازته يكون اجنبياً ولولم يجوز يكون مالكاً فيمكن في المجيز الملكية لولا الاجازة ، فبالاجازة يستكشف ان المال كان ملكاً للمشتري من حين العقد وخارجاً عن ملك مالكة الاول كذلك . هذا كله في دفع الاشكال العام ، وأما دفع الاشكال الوارد في المقام فقد مر جوابه ، فلا نعيد .

الوجه الخامس

(١) حاصله : ان البيع الثاني بما انه واقع على مال المشتري على الكشف فصحته تتوقف على اجازته ، والمفروض ان اجازته ايضاً متوقفة على صحة العقد الثاني ، فيتوقف كل منهما على الآخر ، وهو محال ثم يلزم ايضاً تملك المشتري للمبيع بلا ثمن او مع شيء زائد أو بأنقص من الثمن . مثلاً : اذا فرضنا انه اشترى البائع بدرهم فبما أن البيع الثاني وقع على ماله كان ثمنه ملكاً له ، فان كان الثمن فيه ايضاً درهماً ملك المبيع بلا ثمن ، وان كان ازيد ملك الثمن والمثمن مع شيء زائد ، وان كان نصف درهم مثلاً ملكه بنصف درهم .

(واجاب) عنه المصنف بأن كل ذلك مبني على كاشفية الاجازة عن ملك

قوله (قده) : السادس ان من المعلوم (١)
قوله (قده) : السابع الأخبار المستفيضة (٢)

المشتري من حين العقد ، وقد مر فسادده وهو صحيح كما هو ظاهر .

الوجه السادس

(١) هذا الوجه - اعني كون البيع الثاني من المالك ردأ فعلياً للبيع الأول - قد تقدم تفصيله فلا نعيد (ويرد) عليه أولاً ان الرد إنما يكون مانعاً عن اجازة الرد لا غيره وفي المقام المجيز غيره (وثانياً) ان الرد وابطال العقد وان كان من شؤون سلطنة الناس على اموالهم فهو مختص بمال نفسه لا مال غيره ، وفي المقام يكون المال بقاء ملك البائع الأول (وثالثاً) ان البيع ليس ردأ وانما هو معدوم لموضوع الاجازة بالقياس الى البائع ، فلا مجال معه لاجازته لا بالقياس الى شخص آخر ، وهو المشتري منه .

الوجه السابع

(٢) الروايات الواردة في المقام على طوائف ثلاث : (١) (الأولى) ماتكون صريحة في البيع الشخصي كروايتي ابن الحجاج ، أي يحيى بن الحجاج وخالد بن الحجاج (الثانية) . ماتكون ظاهرة في البيع الكلي كصحيحة معاوية بن عمار قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام يبيئني الرجل فيطلب بيع الحرير - الحديث ، فان المراد بالحرير إما الابريسم وإما الثوب المنتوج منه (الثالثة) ماتكون عامة تشمل

(١) ذكرها في الوسائل ج ١٢ باب ٧ و ٨ ص ٣٧٤ .

البيع الشخصي والكلي كقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لا تبع ما ليس عندك » فان النكرة في سياق النهي ظاهره في العموم ، فيعم الشخصي والكلي .

ولا يبعد أن تكون صحيحة ابن مسلم من قبيل البيع الشخصي ، فان قول الرجل فيها « ابع لي متاعاً لعلني اشتريه منك بنقد أو نسيه » لا يمكن أن يكون هو الذي اشتراه المشتري ، بأن يكون المشتري نكرة كما هو ظاهر لفظ المتاع مع التنوين ، بل انما سأل السائل هذا العنوان من باب أن متاعاً دون متاع لخصوصية له من حيث الحكم الشرعي ، لا أن المشتري اراد منه شراء متاع على التعمين ، بل الظاهر ان المشتري شخص ما يبتاعه البائع ، وهو مرجع الضمير في قوله « لعلني اشتريه منك » . (وكيف كان) الطائفة المطلقة لوجه حملها على التقية ولا على الكراهة ، بل لابد من تقييدها بغير الكلي للقطع بجواز بيع الكلي خلافاً للعامة ، فانهم منعوا عن بيع الكلي الا في الصرف والسلم ، وقد نقض عليهم في بغض الروايات بعدم الفرق بين بيع الصرف والسلم وبين غيره ، فاذا جاز بيع الكلي فيه جاز في غيره أيضاً ، فقوله عليه السلام « لا تبع ما ليس عندك » كأنه مقيد بكلمة الاستثناء « الا في بيع الكلي » . (وأما الطائفة الظاهرة في بيع الكلي) فلا مناص من حملها على التقية أو على الكراهة لما عرفت .

(وأما الطائفة الثالثة) - أعني الصريحة في بيع العين الشخصية - فظهور النهي في بعضها واثبات البأس في بعضها الآخر في الفساد غير قابل للانكار ، وانما الكلام في انها تحمل على فساد البيع غير مبني على الاجازة من المالك ، بمعنى عدم ترتب الأثر على مجرد البيع ممن ليس بمالك ، ولا ينافي ذلك ترتب الأثر عليه بعد الاجازة ، وهذا الحمل هو الذي حكاه المصنف وان لم يرتضه .

(والظاهر) انه خلاف الظاهر ، ولا وجه له ، لأن إطلاق البيع يعم ما بعد الاجازة أيضاً ولا وجه لتقييده ، ويشهد لذلك ابتناء نفي البأس في بغض الأخبار

قوله (قده) : غير مترتب لإجازة المالك (١)

على عدم تحقق الالتزام المعاملي من طرف المشتري أيضاً ، كقوله عليه السلام « اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك ؟ قلت : بلى . قال : لا بأس » والمراد به الالتزام الشخصي من المشتري لا اللزوم الشرعي لما ذكرناه من جواز المعاملة الفضولية من طرف الأصل أيضاً ما لم تحصل الإجازة ، فوردني البأس ان لا يتحقق التزام معاملي أصلاً دون ما اذا تحقق ذلك ، فان فيه بأس مطلقاً ولو مع لحوق الإجازة . (ثم لا يخفى) ان ما ذكرناه غير مستلزم لفساد بيع الفضولي ، وذلك لأن البيع فيه يكون للمالك لا لغيره وبإجازته يستند اليه ، فليس من بيع مالىس عنده ، وهكذا في بيع الغاصب فانه أيضاً يقصد تبديل طرفي الاضافة ويبيع للمالك ، غايته يدعي نفسه مالكاً عدواناً فلا يكون مشمولاً للاخبار ، وهذا بخلاف من يبيع لنفسه فانه مصداق لمورد الفحص عن بيع مالىس عنده .

(ويؤكد ما ذكرناه) ما في رواية الحسن بن زياد الطائي (١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقني فأجدد النكاح ؟ فقال : علموا أنك تزوجت ؟ قلت : نعم قد علموا فسكتوا ، قال : ذلك اقرار منهم - الخبر . فان عتق العبد في نكاحه بمنزلة من بملك فيمن باع مال غيره ، ومع ذلك جعل عليه السلام صحته مبينة على كون سكوت المولى اقراراً منه لاعلى كفاية اجازة العبد بعد عتقه (فالصحيح في المقام) هو المنع للوجهين السابقين ولهذا الاخبار ، وهي عمدة الوجوه .

(١) لا اشكال في أن القدر المتيقن من مورد الاخبار هو ما اذا باع مال غيره منجزاً غير معلق على اجازة المالك ولا على الشراء منه ، كما انه أيضاً مورد استدلال

(١) هذه الرواية آخر رواية ذكرت في الوسائل في هذا الباب ص ٥٢٦

قوله (قده) : ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البائع فأجاز (١)

للعلمة على الفساد بلغرر وعدم القدرة على التسليم ، وأما اذا باعه معلقاً على اجازة المالك أو على أن يشتريه منه او كان البيع منجزاً ولكن علق لزومه على احدا الأمرين الذي مرجعه الى جعل الخيار لنفسه اذا لم يجز المالك أو لم ينتقل المال اليه بحيث لا يجب عليه تحصيله فهو خارج عن مورد كلام العلامة كما افيد ، الا أن كون القدر المتيقن من مورد الأخبار صورة للتنجيز لا ينافي شمول اطلاقها لصورة التعليق ايضاً ، فان كل مطلق يكون له قدر متيقن ، فقضى اطلاق الأخبار المانعة عدم جواز بيع العين الشخصية لنفسه قبل أن يملكها الانسان مطلقاً منجزاً أو معلقاً وان لم يكن في المعلق مانع عن الصحة من حيث الغرر ولا من جهة عدم القدرة على التسليم . هذا كله فيما اذا باع الانسان ما لا يملكه لنفسه .

(١) هذا الفرع - أعني ما اذا باع غير المالك للمالك ثم انتقل المال اليه بسبب قهري او اختياري فأجاز - وان كان خارجاً عن مورد بعض الأخبار المانعة عن بيع الانسان ما لا يملكه كالنبوي ، اذ المفروض في المقام أن البيع يكون للمالك لا للبائع فلا يعمه المنع عن بيع ما ليس عنده لظهوره في بيعه لنفسه لا للمالك ، الا ان بعضها الآخر يعمه ، كقوله في رواية ابن الحجاج « لا تواجهها قبل أن تستوجبها أو تشتريها » وقوله عليه السلام في صحيحة ابن مسلم « ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه » فان الاستفادة منهما انه لا بد وان يقع الشراء من المالك . وفي الفرع الشراء السابق لم يكن من المالك ، وبعد ما ملك البائع لم يتحقق شراء منه - فتأمل ، فيكون داخلاً في مورد البأس - فتأمل ، فلا وجه لما ادعاه المصنف من خروجه عن مورد الأخبار .

(هذا) مضافاً الى ان القاعدة فيه تقتضي البطلان ولو سلمنا عدم شمول الأخبار ، وذلك لأن البيع - وان لم يكن متقوماً بالمالكين بل هو مبادلة بين المالكين -

قوله (قده) : لو باع لثالث معتقداً لتملكه (١)

الا ان المبادله لا بد وأن تكون في اضافة المالكين ، أي الاضافة الشخصية الثابتة لشخص المالك لالكلية (وعليه) فما قصده البائع - وهو تبديل الاضافة الثابتة للمالك الأصلي - المقروض عدم تحققه وعدم تعلق الاجازة به ، وما يتعلق به الاجازة وهو تبديل الملكية الجديدة فهو غير منشأ بالعقد .

(وما) ذكره المصنف من امكان دفع هذا الاشكال بما اندفع به سابقاً الاشكال في عكس المسألة ، وهو مالو باعه الفضولي لنفسه فأجازته المالك لنفسه غير تام (وذلك) لأن في بيع الغاصب لنفسه كان الغاصب قاصداً لتبديل الاضافة الشخصية الثابتة لشخص خاص ، غاية الأمر كان يدعي هو عدواناً ، وهكذا فيمن باع مال غيره لنفسه باعتقاد كونه له ، وهذا بخلاف المقام - فتأمل . فلا يقاس بشيء من الموردين ، ولعله لهذا أمر المصنف بالتأمل .

(١) هذا هو النوع الثالث - أعني ما اذا باع غير المالك لشخص اجنبي لنفسه وللمالك معتقداً كونه مالكا ثم ملك فأجاز فهل يصح ذلك ام لا ؟ بما ذكرناه ظهر ان الصحيح فيه هو الفساد أيضاً ، لما عرفت من ان ما انشأ بالعقد هو تبديل طرف الاضافة ، وهو شخص المالك الأصلي ولم يتعلق به الاجازة (وبالجملة) لا بد في صحة العقد الفضولي من كون الخبز هو المالك حين العقد بسبب قهري او اختياري فأجاز فسد البيع .

(ومن الغريب) ما ذكره الميرزا من التفصيل بين مورد الارث وغيره ، وذهابه الى صحة البيع في الأول ، بتخيل أن الوارث بمنزلة المورث فاذا أجاز يستكشف منه صحة البيع من زمان حياة المورث ، فانه أي دليل قام على التنزيل وليس في البين الا ان ما تركه الميت فلوارثه . وأما التنزيل فلم نعث له على دليل ، والصحيح ما بيناه .

قوله (قده) : وهي ما لو لم تجز المالك (١)

(١) أما بناءً على فساد بيع من باع شيئاً ثم ملك فأجاز فلا ينبغي البحث عن هذا الفرع - أعني من باع شيئاً ثم ملك فلم يجز البيع - فانه فاسد بالأولوية ، وأما لو بنينا على صحة البيع في فرض الاجازة فيقع الكلام في ذلك : والبيع فيه تارة يكون للمالك واخرى لنفسه ، أما اذا باع للمالك فملك ولم يجز فالفساد مما لا اشكال فيه (وذلك) لعدم صدور التزام منه بالمبادله اصلاً ، اذ المفروض انه باع عن المالك لاعتن نفسه ، وهذا واضح .

وأما اذا باع لنفسه فربما يقال فيه بالصحة تمسكاً بعموم « أوفوا بالعقود » ، فانه لم يكن شاملاً له قبل أن يملك لكونه اجنبياً ، فيعمه « اذا ملك » . ولكن الصحيح فيه ايضاً هو الفساد ، لأن البائع يقصد المبادلة بين ملكه ومال شخص آخر وانما قصد دخول الثمن في كيسه بأزاء خروج عوضه عن كيس شخص آخر ، فهو لم يقصد حقيقة البيع .

وأما « أوفوا » فهو خطاب متوجه الى المالك ، والبائع حين البيع لم يكن مالكاً ليكون مخاطباً بالوفاء ، وبعد ما ملك لم يصدر منه بيع ، فهذا البيع خارج عن عموم « أوفوا بالعقود » بالتخصيص لا بالتخصيص .

(ومن هنا) يظهر ما ذكره المصنف من أن المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام ، فان الدوران بين الأمر انما يكون فيما اذا خرج فرد من افراد العام عن حكمه بالتخصيص في زمان ثم شك بعد ذلك في دخوله تحت العام ، وأما الخروج عن العام فيما نحن فيه فهو بالتخصص لا بالتخصيص (ثم) لوتزلنا عن ذلك وقلنا بشمول عموم « أوفوا » لهذا البيع فلا بد من تخصيصه ورفع اليد عنه بقوله سبحانه « الا أن تكون تجارة عن تراض » ، فان المفروض عدم رضا البائع بعد ما ملك ، فيدخل تحت عنوان اكل المال بالباطل .

قوله (قدّه) : الثالثة مالو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف (١)

(هذا) مضافاً الى ان الأخبار المانعة عن بيع ماليس عندك كافية في اثبات فساد هذا البيع ، بل هو القدر المتيقن من موردها ، لأنه بيع غير المالك مال الغير لنفسه مع عدم الاجازة اذا ملكه (نعم) هناك فرع رابع ، وهو ما اذا باع مال غيره معلقاً على تملكه فانه غير محتاج الى الاجازة بعد حصول الملك مع قطع النظر عن كون التعليق فيه مفسداً ، اذ البيع في ظرف فعليته مستند الى المالك ولا حاجة فيه الى الاجازة .

(ومن الغريب) ما ذكره الميرزا « ره » من انكار الفرق بين فرض الاجازة وعدمها ، فان قلنا بالصحة لا بد منه في كلا الفرضين ، وكذا لو قلنا بالفساد (وذلك) لأن الاجازة في الفضولي انما يحتاج اليها لئلا يمان جهة حصول الرضا أو من جهة تحقق الاستناد بها ، وكلا الأمرين ثابت في الفرض بدون الاجازة ، فان المالك هو الذي باع المال لنفسه بطيب نفسه (وفيه) ان الاجازة وان كان اعتبارها من جهة الاستناد الا أن المعتبر استناد العقد الى المالك بعد مملك وهو غير حاصل قبل الاجازة ، فلا مانع مع قطع النظر عما تقدم من القول بالصحة في فرض الاجازة والقول بالفساد في فرض عدمها .

(١) هذه المسألة كما ذكر المصنف تتصور على اربعة صور : لأن انكشاف جواز التصرف تارة يكرن بانكشاف كونه ولياً . والمراد بالولاية ما يعم الاذن ولتوكيل لاختصاص الولاية الشرعية ، واخرى بانكشاف كونه مالكا ، وعلى التقديرين تارة يبيع للمالك واخرى يبيع لنفسه .

(الأولى) ان يبيع عن المالك فينكشف كونه ولياً . كما اذا باع شخص مال طفل فبان كونه ولده . والظاهر فيه الصحة ، لأنه عقد صادر من الولي والمفروض

قوله (قدّه) : الثانية ان يبيع لنفسه (١)

استجماعه لبقية الشروط أيضاً ، الا انه حكي عن القاضي براج التفصيل في بيع العبد المأذون في التجارة مع عدم وصول الأذن اليه ، بينما اذا أبرز المولى اذنه لشخص آخر فيصح بيعه وبين ما اذا لم يبرز لأحد اصلاً فيفسد . ولم نعرف لذلك وجهاً ، فانا وان لم نكتف في الاستناد وخروج العقد عن الفضولية بمجرد الرضا الباطني الا انه يكفي فيه الرضا المبرز وان لم يصل الى المأذون ولا الى غيره ، فاذا فرضنا ان المولى كتب الى العبد يأذنه في التجارة وهو باع ماله قبل وصول الكتاب اليه صح بلا اشكال ، لأن مجرد الكتابة مبرز للرضا خصوصاً في بيع العبد مال نفسه الذي هو محل الكلام ، فانه كما ذكرنا لا قصور فيه الا من ناحية رضا المالك المعبر فيه شرعاً ، فلا حاجة فيه الى الابرار اصلاً .

المسألة الثانية

(١) اذا باع مال غيره لنفسه فبان كونه مأذوناً من قبل المالك في البيع عنه فمن حيث صحة العقد لا اشكال ، لما عرفت من عدم تقوم البيع الا بالمالين فقصده بيع مال الغير لنفسه قصد لغو لا يضر ولا ينفع ، فالبايع قاصد لتحقيق البيع والمبادلة بين المالين ، والمفروض كونه مأذوناً فيه .

وأما من حيث توقفه على الاجازة فوجهان : ربما يتوهم توقفه عليها بتخييل أن ما وقع في الخارج - وهو البيع لنفسه - لم يكن البائع مأذوناً فيه ، لأن البائع انما كان مأذوناً في البيع للمالك لا البيع لنفسه ، فلم يقع البيع على الوجه المأذون فيه ، فلا بد من الاجازة في صحة البيع . وبعبارة اخرى كانت الحيثية تقييدية لاتعليلية (وفيه) ان الاجازة أيضاً لاتتعلق بما وقع وانما تتعلق بالبيع للمالك الذي تعلق

قوله (قدّه) : الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً (١)

الاذن به أيضاً ، فاذا أثرت الاجازة اللاحقة فيه فالاذن السابق أولى بالتأثير .
(وبالجملة) الأمر في هذا البيع دائر بين الصحة بدون الحاجة الى الاجازة والفساد حتى مع الاجازة ، فان قصد وقوعه لنفسه ان كان لغواً صح بلا حاجة الى الاجازة والا فسد مع الاجازة أيضاً لتعلقها بغير ماوقع في الخارج .

المسألة الثالثة

(١) مثاله المعروف مالوباع مال ابيه له معتقداً حياته فبان كونه ميتاً وانتقال المبيع اليه بالارث ، والكلام فيه يقع في مرحلتين :
(المرحلة الأولى) في حكمه من حيث الصحة والفساد ، والأقوال فيه اربعة :
الصحة مطلقاً من غير حاجة الى الاجازة ، والبطالان كذلك ، والصحة مبنية على الاجازة ، والصحة الجائزة . والفرق بين الأخيرين ظاهر ، فانه على الأخير يكون البيع صحيحاً ولو لم يجز المالك غايته اذا فسخ يخل البيع من حينه ، وهذا بخلاف سابقة فان صحة البيع عليه يكون مبنياً على الاجازة فلو لم يجز فسد من الأول .
والمشهور بين الأصحاب الموافق للقاعدة هو الصحة ، لما عرفت من ان قصد وقوع البيع عن الغير لا يقدر كما لا يقدر ذلك في بيع الغاصب ومن اعتقد كونه مالكاً لشيء ولم يكن مالكاً ، فهو بيع صادر من اهله واقع في محله .
وما ذكره فخر المحققين في الايضاح من الوجوه الثلاثة للبطالان غير تام كما ذكر المصنف : (أما الوجه الأول) - وهو انه قصد البيع عن الأب لاعتنه - فقد عرفت الجواب عنه وان البيع غير متقوم بالمالكين وانما هو متقوم بالمالين ،

والمفروض انه قصد المبادلة بينهما حقيقة ، وقصد كونه عن غيره قصد لغو ، ولذا لم يستشكل احد فيما اذا باع الفضولي مال عمرو معتقداً كونه لزيد فأجاز مالكة وهو عمرو في أنه يقع البيع له . (وأما الوجه الثاني) - وهو ان البيع حينئذ وان كان منجزاً صورة الا انه معلق على موت المورث واقعاً (ففيه) انه يناسب الفرع الرابع ، وهو ما اذا باع لنفسه فبان كونه مالكاً ، وأما في هذا الفرض فاي معنى لتعليق البيع على موت المالك مع انه يبيع له ، ولعل ما ذكره في المقام من سهو القلم هذا مضافاً الى ان التعليق على فرض ثبوته صوري لا واقعي . (وأما الوجه الثالث) وهو كون البائع عابثاً في بيعه اذا كان عالماً بان المال ليس له (ففيه) انه لا يستلزم العبث واللغو في الالتزام المعاملي والا لزم فساد البيع الفضولي مطلقاً (نعم) من حيث اللزوم الشرعي يمكن أن لا يكون قاصداً حقيقة ، وهذا معنى ما ذكره الشهيد في المسالك من ان المكره والفضولي قاصدان لللفظ دون المعنى ، الا ان هذا خارج عن حقيقة البيع . هذا كله في اصل الصحة .

(وأما المرحلة الثانية) - أعني توقفه على الاجازة - فربما يدعى عدم توقفه عليها ، لأن المالك هو المباشر للعقد ، وأي اجازة اقوى من صدور العقد من المحيز كما ربما يدعى توقفه عليها ، كما عن المحقق « قده » بدعوى ان البائع لم يقصد نقل الملك ، وانما قصد نقله مبنياً على اجازة المالك ، فلا بد من الاجازة . (وليعلم) ان هذا هو مراد المحقق من قوله انه لم يقصد البيع الناقل للملك من الاذن بل مع الاجازة لامن حيث زمان العقد اوزمان الاجازة كما تخيله المصنف فأورد عليه بمنافاته لما بني عليه المحقق من كون الاجازة كاشفة عن نقل الملك من حين العقد ، وعليه فقصد البائع للنقل من حين الاجازة يكون موجباً للفساد ، فلا وجه لهذا اليراد أصلاً على ما بيناه (ولكن) يرد على اصل الاستدلال ان كون البيع مبنياً على الاجازة او غير مبني عليها ليس دخيلاً في حقيقة البيع ليعتبر قصده

او يقدح قصد خلافه ، وانما هو من الأحكام الشرعية فاعتبر شرعاً في صحة العقد الواقع على مال الغير لحوق الاجازة من المالك ، ولعل هذا هو مراد المحقق من قوله « الا ان يقال » الخ .

(هذا) ولكن مع ذلك الصحيح توقف هذا البيع على الاجازة ، لما افاده المصنف من ان الخطاب في « أوفوا بالعقود » متوجه الى المالك ، فيكون منصرفاً الى العقد المنتسب الى المالك بما انه مالك بهذا العنوان ، وكذلك « التجارة عن راض » وهكذا دليل « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه » فالمستفاد من جميع ذلك اعتبار رضا المالك في حل ماله بعنوان انه مالك ، فاذا لم يكن ملتفتاً الى كون المال له ليس رضاه بعنوان كونه مالكا ، وان كان رضا ذات المالك متحققاً ، وهذا نظير التكلم في اثناء الصلاة غفله عن كونه في الصلاة ، فان التكلم - وان كان عمدياً - الا ان التكلم في الصلاة بهذا العنوان ليس عن عمد ، وهكذا الأكل في نهار رمضان ، فان ذات الأكل - وان كان عن عمد - الا انه ليس الأكل في نهار رمضان بهذا العنوان عن عمد ، ولذا لا يحكم به ببطلان الصوم او الصلاة ، وهذا التنظير ذكره الميرزا وهو تنظير حسن .

(وبالجمل) ظاهر الأدلة اعتبار رضا المالك واستناد التجارة اليه بعنوان كونه مالكا ، ولا يتحقق ذلك الا باجازة البيع بعد علمه بأنه مالك ، والأمثلة التي ذكرها المصنف بعضها شاهد على ما ذكرنا وبعضها مؤيد له ، أما الشاهد فهو ما مثل به من انه لو أقدم احد لغيره طعاماً أو شيئاً آخر وأباح له التصرف فيه معتقداً كونه لغيره والمأذون يعلم بأنه ليس له التصرف فيه ، وأما المؤيد فهو ما ذكره فيما اذا أعتق عبده باعتقاد انه عبد الغير أو طلق زوجته باعتقاد كونها زوجة الغير فانه لا ينعقد العقد والطلاق ، والوجه في كونها مؤيداً لاشهاد إمكان الفرق بين الطلاق والعتق وبين البيع لأن الزوجة مقوم في الطلاق والعبد مقوم في العتق ، فلا يقاس بالبيع الذي

قوله (قدّه) : ثم انه ظهر مما ذكرناه (١)
 قولو (قدّه) : ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة
 على القول بصحة العقد الفضولي (٢)

هو متقوم بالمالين لا المالكين .

(١) قد عرفت أن احد الأقوال في المسألة صحة البيع متزلا فلا مالك خيار
 الفسخ لا الاجازة وقد نسب هذا القول الى صاحب الجواهر مستدلا على ثبوت
 الخيار بقاعدة لا ضرر ، وعلى الصحة بالعمومات والجمع بينهما يقتضي الصحة مع
 ثبوت الخيار (وفيه) كما ذكره المصنف ان الضرر إن كان لعب في احد العوضين
 او لتقصان قيمته السوقية عما بذل بأزائه فلا محالة يكون لزوم البيع ضرريا ، فينتفي
 بحديث لا ضرر ويثبت الخيار ، وأما ان كان الضرر في نفس انتقال مال الشخص
 عن ملكه بدون رضاه فحديث لا ضرر يقتضي بطلان البيع رأساً بدون لحوق اجازة
 المالك ورضاه لا الخيار .

(وبالجملّة) تارة يكون اصل صحة البيع مفروغاً عنه ويكون لزومه ضرريا ،
 فيتمسك بحديث لا ضرر لنفيه ، وأما اذا لم يكن البيع صحيحا في نفسه فلا مجال لرفع
 لزومه بلا ضرر (وبعبارة اخرى) اذا كانت العمومات شاملة للبيع حدوثا وكان
 بقاؤه ضرريا يتمسك بحديث لا ضرر ويخصص به العام أو المطلق ، فالتمسك بلا
 ضرر انما هو لتخصيص العام الشامل للمورد لولا حديث لا ضرر ، وأما اذا لم تكن
 العمومات شاملة للبيع في حد نفسها - كما في المقام لما عرفت من انها خطاب الى
 المالك فلا يعم البيع ما لم يكن مستنداً الى المالك بما انه مالك - فأبي معنى للتمسك
 بحديث لا ضرر وأي عام يخصص به .

(٢) فيمكن القول بصحة البيع فيما نحن فيه وان قلنا بفساد العقد الفضولي ،
 وذلك لأن عمدة ما استند عليه في بطلان العقد الفضولي إنما هو ماورد في المنع عن

بيع مالميس عندك ، وقد أجبنا عن ذلك بأن البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك ، فاذا فرضنا عدم تمامية هذا الجواب والتزامنا بفساد الفضيولي لا يستلزم ذلك القول بفساد البيع في المقام لأنه بيع المالك واقعاً ، فليس من بيع مالميس عنده كما هو ظاهر . (نعم) لو تمسكنا لفساد الفضيولي بفتح التصرف في مال الغير عقلا وحرمة شرعاً وان العقد على مال الغير تصرف فيه جرى ذلك في المقام ، لأن بيع ما يعتقد البائع كونه للغير قبيح أيضاً لأنه تجري فيكون فاسداً . هذا ولكن من الظاهر انه انما يتم لو قلنا بحرمة التجري شرعاً ، وأما على المختار من كونه قبيحاً عقلا فقط فلا يجري فيه هذا الوجه ايضاً .

(وقد نحصل من جميع ما ذكر) صحة البيع في هذا الفرع بمقتضى الغومات والاطلاقات وتوقفه على الاجازة لاعتبار رضا المالك به بعنوان انه مالك على ما استظرناه من الأدلة ، وعلى هذا يختص الحكم بالصحة في أمثال المقام بما اذا كان المنشأ قابلاً للحقوق الاجازة كالعقود ، وأما اذا لم يكن قابلاً كالايقاعات بناءً على قيام الاجماع على عدم قابليتها للاجازة فلا مناص فيها من البطلان ، كما في مثال عتق العبد باعتقاد أنه للغير فبان كونه له ، وطلاق الزوجة باعتقاد انه زوجة الغير المتقدمين ، فلا بد فيها من الحكم بالبطلان رأساً بناءً على التوقف على الاجازة كما اخترناه .

(نعم) من قال في الفرض بالصحة مطلقاً غير متوقفة على الاجازة أمكنه القول بالصحة فيما كان من قبيل الايقاعات ايضاً .

قوله (قدّه) : الرابعة - أن يبيع لنفسه (١)

قوله (قدّه) : الأول - يشترط فيه كونه جامعاً (٢)

المسألة الرابعة

(١) صحة البيع في هذه الصورة واضحة على ما تقدم في الصورة السابقة عليها ، بل الظاهر عدم توقفه على الإجازة أيضاً ، وذلك لأن البائع لنفسه يعني على أنه مالك فيرضى بالبيع بعنوان أنه مالك ولو ادعاه . مثلاً : إذا فرضنا أن أحد المتقارنين ربح في القمار وكان ما حصله في الواقع عين ما اخذه الطرف منه بالقمار قبل يوم مثلاً وهو لا يعلم به فباعه ، فإنه في هذا الفرض يرى نفسه مالكا باعتبار نفسه بل بحسب اعتبار العرف والعقلاء حتى المسلمين الغير المتشرعين ، فإنهم يعتبرون الملكية في هذه المواقع وأمثالها ، ولذا يعدون ما حصله الانسان بهذه الأسباب من أملاكه وأمواله ، فهو في اعتباره المعاملي قاصد للمبادلة في هذه الملكية ويعنوان كونه مالكا بمجرد أنه يرى نفسه غير مالك في حكم الشارع لكونه متشرعاً لا ينافي طيب نفسه بالمبادلة بعنوان أنه مالك بحسب اعتباره ، ولا يعتبر في شمول العمومات أكثر من هذا - فتأمل . إذ يصدق حينئذ أن التجارة ناشئة عن رضا المالك بها بما هو مالك ، فلا حاجة فيه الى الإجازة بعد التفاته الى أنه مالك شرعاً ايضاً .

شرائط العقد المجاز

(٢) بعد الفراغ عن شرائط المحيز شرع في شرائط العقد المجاز . لا اشكال في أنه يعتبر في صحته كل ما يعتبر في صحة العقد عدى رضا المالك ، فان الإجازة اللاحقة

لاتكون اقوى من الاذن السابق ، فاذا كان العقد فاقداً لبعض الشرائط المعتبرة فيه لا يصح بالاذن السابق فضلاً عن الاجازة اللاحقة ، بل لا يصح اذا صدر من نفس المالك فضلاً عما اذا لحقته إجازته .

(وبالجملـة) الاجازة لاتصحح العقد الفاسد في نفسه ، وهذا ظاهر (وعليه) فلا بد من أن يكون العقد واجداً لشرائط العقد . كما يعتبر أن يكون واجداً لشروط المتعاقدين بما هما متعاقدان ، وأما شرائط العوضين فكذلك ، بداهة انه لو باع نفس المالك ام الولد يفسد بيعه ولومات ولدها بعد البيع ، وهكذا لو باع الخمر فصار خلا بعد البيع فكيف ببيع الفضولي . كل ذلك من غير فرق بين القول بالكشف والقول بالنقل .

(نعم) ما يعتبر في صحة العقد لا بما انه عقد بل كان دخيلاً في ترتب الأثر عليه مما هو معتبر في المالك كاعتبار أن لا يكون المشتري للمصحف أو العبد المسلم كافراً أو شرط معتبر في ترتب الأثر على العقد لافي نفسه كالقدرة على التسليم فالمتنع فيه دليله ، أما القدرة على التسليم فهي معتبرة في زمان وجوب التسليم ، وهو قد يكون زمان العقد وقد يكون زمان الاجازة وقد يكون متأخراً عنها كما في بيع السلم بعد مدة طويلة متأخرة عن زمان الاجازة ، فلا يعتبر حينئذ القدرة على التسليم لافي زمان العقد ولا في زمان الاجازة ، فزمان اعتباره يختلف باختلاف الموارد .

وأما اعتبار كون مالك المصحف أو المسلم مسلماً فدليله - بعد التسالم والاجماع - قوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلاً » ، ولا يستفاد منه الا عدم استيلاء الكافر على المسلم ، ولا يتحقق الاستيلاء بمجرد العقد الفضولي أما على النقل فواضح ، وأما على الكشف فلان زمان اعتبار الملكية متأخر وان كان زمان المعتبر سابقاً ، فلا يلزم استيلاء الكافر على المصحف اذا صار مسلماً حين الاجازة (نعم) لو قلنا بالكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر المستحيل امكن القول

بالفساد اذا لم يكن مسلماً حين العقد ولو اسلم حين الاجازة .

(ثم) هل يعتبر بقاء تلك الشروط الى زمان الاجازة أولاً ، أما شرائط العقد فأنتفاؤها يكون بانتفاء الموضوع اذ لا عقد حين الاجازة ، وهكذا شرائط المتعاقدين ، فاذا فرضنا أن احد المتعاقدين جنّ حين الاجازة أو سفه لم يكن ذلك مخلاً بصحة العقد ، اذ العقد السابق كان تاماً ولم يكن فيه قصور سوى الاستناد الى المالك .

(وأما) شرائط العوضين فظاهر المصنف اعتبار استمرارها الى زمان الاجازة على النقل دون الكشف ، ولكن الظاهر عدم اعتبار البقاء فيها حتى على النقل فضلاً عن الكشف ، لأن كلامنا انما هو فيما يعتبر في العوضين من حيث النقل والانتقال لا فيما يكون دخيلاً في الملكية ، كما اذا تبدل الخل بالخمير قبل الاجازة ، فانه حينئذ لا تكون الاجازة مؤثرة ، لعدم كون المبيع مالاً للمبجز وعدم كونه مالاً له ، والمؤثر انما هو اجازة المالك .

وأما فيما ليس مانعاً عن الملكية وانما يكون مخلاً بالنقل والانتقال - كما اذا فرضنا ان الأمة المبيعة فضولة لم تكن ام ولد حين الاجازة - فان ذلك لا يوجب زوال الملكية عنها ، بل هي مملوكة بعد ذلك وثنقل بالارث الى غير مالكيها الأول غاية الأمر تنعتق من نصيب ولدها ، وهكذا اذا تنجس المبيع وكان مانعاً لا يقبل التطهير قبل الاجازة فانه ايضاً لا يوجب زوال الملكية وانما يمنع البيع على القول به ، (ومثل) هذه الأمور لا يعتبر استمرارها الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل ، لأن النقل والانتقال السابق يستند بالاجازة الى المالك وان ترتب الأثر عليه من حين الاجازة ، وليست الاجازة مبادلة جديدة والمفروض ثبوتها حين تحققه ، وان كان ترتب الأثر عليه متوقفاً على حقوق الاجازة به .

(نعم) يبقى في المقام فرع ، وهو انه اذا سقط المبيع عن المالية بعد البيع ثم

قوله (قدہ) : للثاني - يشترط (١)

رجع اليها قبل الاجازة - كما اذا صار خمرأ ثم صار خلا - فانه يصح البيع حينئذ على الكشف ، لأن التبدل عليه يكون في مال المشتري ، ويفسد على النقل ، لأن الملكية او المالية حادثة عرفاً ولم يقع عليها المبادلة ليصح بالاجازة ، وماتعلق به البيع انعدم - فتأمل .

هل يعتبر العلم بالمجاز

(١) هل يعتبر في المجاز أن يكون مغلوماً بالتفصيل للمجيز أو لا يعتبر فيه ذلك فيكفي علمه الاجمالي بوقوع عقد على ماله قابل للاجازة ولو مبهما الا اذا كان الابهام بحد يضر في التوكيل أيضاً كتوكيل الغير في شيء ما غير معين ؟ وهل يعتبر علم المجيز بتحقق عقد فضولي على ماله ، بأن تكون اجازته منجزة أو يكفي مجرد احتماله فيجيز تعليقاً ؟ فلا بد من التكلم في مقامين ، ونقدم المقام الثاني لأن الأول من فروعه :

(فنقول) قد يقال بلزوم علم المجيز بوقوع العقد على ماله ، ولانصح الاجازة التعليقية ، لأن الاجازة - وان لم تكن من العقود - الا انها بحكم العقد ، والتعليق فيه موجب للبطلان (وفيه) أولاً - لم يقم دليل على مبطلية التعليق فيما يكون بحكم العقد ، وانما دليله الاجماع فيقتصر فيه على المبتقن . وثانياً - التعليق في المقام تعليق على الموضوع ، وهو غير مخل بالصحة على مامر مراراً .

(هذا) وربما يستدل على بطلان التعليق في الاجازة بأنها ايقاع ، ولا معنى للتعليق في الإيقاع (وفيه) انه لو سلمنا كون الاجازة ايقاعاً الا أن التعليق في الإيقاع ايضاً غير مخل ، وقد وقع في بعض الموارد من غير أن يوجب البطلان ،

قوله (قده) : الثالث - المجاز اما العقد (١)

كما في التدبير والوصية ، فلا دليل على اعتبار العلم بوقوع العقد في صحة الاجازة .
(وأما المقام الثاني) فهو من فروع المقالم الأول ومن ثم قدمناه خلافاً للمتن ، وذلك لأنه اذا علم اجمالاً بوقوع عقد على ماله ولولم يعلم بكونه بيعاً او صلحاً او هبة بل ولولم يعلم بموضوعه اصلاً كما اذا علم اجمالاً بوقوع البيع على داره او الايجار على فرسه فأجاز يرجع اجازته الى اجازة البيع على تقدير كونه هو الواقع والصلح على تقدير تحققه وهكذا ، وليس في هذا محذور سوى التعليق ، وقد عرفت انه لا يوجب البطلان ، غاية الامر لاموضوع للاجازة في بعض المذكورات ، فليس هذا إجازة الفرد الخارجى المردد على اطلاقه ليقال - كما عن الميرزا - من ان الفرد لا اطلاق له ، فلا معنى لأن يميز العقد الخارجى مطلقاً ، أي سواء كان بيعاً أو صلحاً أو هبة ، اذ الواقع في الخارج ليس الا احدها ، بل الاجازة - على ما بيناه - في الحقيقة متعلقة بواقع ماعلى ابهامه ، وصحة الاجازة في ذلك أوضح من التوكيل فيه ، لأن التوكيل في احد الأمرين أو الأمور اذا انحل الى توكيلين فهو والا فالتوكيل في الجامع بين عقدين أو عقود لا اثر له .

الكلام في تتبع العقود

(١) قد يقع العقد على عين مال الغير واخرى يقع على عوضه ، والاجازة تارة تتعلق بالعقد الواقع على عين ماله واخرى تتعلق بالعقد الواقع على عوض ماله ، وعلى التقديرين تارة تتعلق الاجازة بالعقد الأول الواقع على عين ماله واخرى تتعلق بالعقد الآخر الواقع على عين ماله وثالثه تتعلق بالعقد الوسط الواقع على عين ماله. وتجري الأقسام الثلاثة فيما اذا كان المجاز العقد الواقع على عوض ماله لاعلى عينه .

(ثم) العقد الوسط اذا كان هو الحجاز تارة يكون عقداً واقعاً على عين ماله وأخرى على عوضه وكل منهما تارة يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عين المال بأن يكون طرفاه كذلك ، وأخرى يكون وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وثالثة يكون مسبوقاً بعقد واقع على عين ماله وملحوقاً بعقد واقع على عوض ماله ورابعة ينعكس الأمر ، فالأقسام ثمانية ، ونعرض أولاً لاجازة العقد الواقع على عين ماله ، ثم بعد ذلك نذكر تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عوض ماله بأقسامه ، كما انا نتعرض صورة تعلق الاجازة بالعقد الوسط وما يترتب عليه من حكم العقود السابقة واللاحقة ، وبذلك تنضح صورة تعلق الاجازة بأول العقود أو بآخرها ، ونقول :

حكم المسألة - وان كان واضحاً - الا أن تصويرها لا يخلو عن اشكال ، ونمثل لها بما جعله المصنف مجمعا لكل ، فنفرض ان عبد المالك يبيع بفرس ثم يبيع بكتاب ثم باعه المشتري بدينار ، فالى هناك يكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين بيعين واقعين على عين العبد ، وهو بيع العبد بفرس ويبيعه بدينار ، ثم باع البائع الفرس بدرهم وباع الثالث الدينار بجارية ، فيكون بيع العبد بكتاب وسطاً بين عقدين واقعين على عوض ماله وهو بيع الفرس بدرهم ، وهو السابق على بيع العبد بكتاب وبيع الدينار بجارية وهو لاحق عليه ، فاذا فرضنا ان المالك أجاز البيع الواسط الواقع على عين ماله - وهو بيع العبد بالكتاب - فالعقود السابقة الواقعة على عين ماله كبيع العبد بالفرس - تبطل ، لأن اجازة غيره رده ، كما ان العقود السابقة الواقعة على عوض ماله كبيع الفرس بدرهم يكون أجنبياً عن الحيز ، لأنه عقد واقع على مال الغير ، فلا بد من اجازة مالكة .

وعلى كل تقدير العقود السابقة الواقعة على عين ماله او على بدله يكون أجنبياً عن الحيز ، وأما العقود اللاحقة فالعقود المتأخرة الواقعة على عين ماله تصح

على الكشف بلا اشكال ، لأنه بالاجازة يستكشف كونه من المالك واقعاً على ملكه ، وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ، فان قلنا بصحته مع الاجازة أو بدونه نلتزم بها في المقام والا فلا ، وهكذا العقود اللاحقة الواقعة على عوض ماله كبيع الدينار بجارية ، فاجازة العقد الوسط الواقع على عين ماله تستلزم فساد العقود السابقة عليه الواقعة على عين ماله أو على عوضه ، كما يستلزم صحة العقود اللاحقة الواقعة عليه على الكشف ، سواء كانت واقعة على عين ماله أو على بدله ، وعلى النقل يبتنى صحتها على صحة « من باع شيئاً ثم ملك » .

ولكن ما ذكرناه انما يتم فيما اذا أجاز المالك البيع الواقع على عين ماله لنفسه فانه تستلزم رد العقود السابقة وصحة العقود اللاحقة عليه ، وأما اذا أجاز للبائع فهو تستلزم صحة العقد السابق عليه لفساده كما هو ظاهر ، وأما العقد اللاحق عليه فصحته حينئذ مبنية على اجازة المالك للبيع بالعقد السابق كما هو ظاهر .

(وليعلم) ان المراد من السبق والحق في المقام ليس هو التقدم والتأخر في الزمان ، بل المراد منه التقدم والتأخر الرتبي ، فالمراد من العقود اللاحقة ما تتوقف صحتها على صحته ومن العقود السابقة ما لا تتوقف صحتها على صحته .

(هذا كله) فيما اذا كان العقد المجاز واقعاً على عين ماله ، وأما اذا كان واقعاً على عوض المال فمثاله الجامع لأقسامه الاربعة : ما اذا بيع العبد بفرس ، والفرس بدرهم ، والدهرم برغيف ، والدهرم بحمار ، والرغيف بعسل . فيبيع الدرهم بالرغيف وسط بين عقدين سابقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الفرس بدرهم والآخر على عوضه وهو بيع العبد بفرس ، وعقدين لاحقين احدهما واقع على عينه وهو بيع الدرهم بحمار والآخر على عوضه وهو بيع الرغيف بعسل ، فهذه البيوع الخمسة تكون جامعاً للمثلية كما هو واضح ، فاذا أجاز الوسط - اي بيع الدرهم بالرغيف - فهي مستلزمة لاجازة العقدين السابقين - أعني بيع العبد بالفرس

والفرس بدرهم - ليكون باجازتهما مالكا للدرهم ، وينفذ اجازته في بيعه بالرغيف وصحة هذه الاجازة بناءً على الكشف واضح ، واما على النقل فصحتها مبتنية على عدم اعتبار مالكية الحيز حين العقد . وأما العقدان اللاحقان عليه فبيع الدرهم بحجار - اعني الواقع على عين المال - فهو أيضاً يصح بعد ما اجاز الدرهم بالرغيف ، وهذا بناءً على الكشف ظاهر وأما بناءً على النقل فالصحة مبتنية على صحة بيع من باع شيئاً ثم ملك واما بيع الرغيف بعسل اعني الواقع على عوض العقد المجاز فيكون صحيحاً بعد اجازة بيع الدرهم بالرغيف ان كان الحيز هو البائع ، وهو على الكشف واضح وأما على النقل فيدخل فيمن باع شيئاً ثم ملك ، وان كان البائع اجنبياً فحكمه حكم البيع الواقع على المعوض ابتداءً كما ذكر المصنف فيحتاج الى الاجازة .

(وبالجمله) فاجازة العقد الوسط يوجب صحة العقود السابقة الملزمة لصحته كما يوجب صحة العقود اللاحقة التي يستلزم العقد الوسط صحتها ، وهذا هو الميزان لا ما ذكره الشهيد في الدروس ، وحكي عن الايضاح ايضاً من ان الاجازة ان تعلقت بالعقد الواقع على المبيع صحح وما بعده وفي الثمن ينعكس ، اذ لا فرق فيما ذكرناه بين ما اذا كان عين مال المالك الحيز أو عوضه مبيعاً في العقد المجاز أو ثمتاً (اللهم) الا ان يريد بذلك ما قلناه من تعلق الاجازة بالعقد الواقع على عين مال المالك ، وعبر عنه بالمبيع ، أو بالعقد الواقع على عوضه ، وهو مراده بالواقع على الثمن ، وعلى هذا ايضاً اطلاق كلامه ممنوع كما ظهر ايضاً بما قلناه فساد ما ذكره المصنف في ترتيب العقود المتعددة على مال الحيز من انها اذا وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة الوسط منها فسخاً لما قبله واجازة لما بعده ، واذا وقعت من شخص واحد انعكس الأمر (وذلك) لما عرفت من ان تعدد العقائد ووحدته لا ربط له بذلك أصلاً ، اذ يمكن أن يوقع شخص واحد بيوع عديدة مترتبة على مال الغير وعلى عوضه وهكذا العكس ، فالميزان الكلي ما ذكرناه من ان اجازة

قوله (قدّه) : ثم ان هنا اشكالا (١)

العقد الوسط يوجب صحة ملزوماته من العقود السابقة ولوازمه من العقود اللاحقة .

هل يضمن البائع الغاصب للمشتري

العالم بالغصب

(١) حاصله : ان الغائب اذا باع شيئاً فالمشتري منه ان كان جاهلاً بكونه غاصباً فلا اشكال في صحته التأهيلية فينفذ باجازه البائع وهكذا الحال في العقود المتتابعة ، وأما إن كان عالماً به ومع ذلك اقدم على الشراء منه فهو مسلط له على ماله مجاناً لعلمه بفساد البيع والشراء ، فاذا اشترى البائع بالثمن شيئاً لنفسه يملك ما اشتراه من دون أن يضمن شيئاً للمشتري الأول ، لأن ماله قد تلف بالدفع الى البائع أو هو في حكم التالف ، فلا يبقى مجال بعد ذلك لأن يجيز المالك العقد الواقع على الثمن لنفسه - أي يجيز العقد الثاني - وكيف يجيز عقداً مالم يقع على ماله .

وهذا الاشكال مبني على ما هو المعروف من أن تسليط المالك غيره على ماله خارجاً يوجب عدم ضمانه اذا تلف تحت يده أو اتلفه ، فكأن التلف حينئذ يكون في ملكه والتسليط يكون مملكاً في فرض التلف (هذا كله) في اجازة العقد الثاني ، بل يجري الاشكال في العقد الأول أيضاً بناءً على ما ذكره بعضهم من ان التسليط الخارجى يوجب الملكية أو اباحة التصرف من الأول قبل التلف ، فاذا اشترى شخص من الغاصب شيئاً مع علمه بكونه غاصباً فقد اذن له في الاتلاف ، ولا معنى حينئذ لجعله ثمناً ، فلا مجال لاجازة المالك البيع الأول أيضاً .

(وهذان) الاشكالان تعرض للاول منها العلامة والقطب ولهما معاً الشهيد في حواشيه (ونقول) يردهما اولافساد المبني ، فان مجرد التسليط الخارجى لا يوجب

ارتفاع الضمان الثابت بمقتضى عموم على اليد المثبت للضمان وليس احد المملكات، ومن الظاهر أن تسليط المشتري الغاصب على الثمن ليس مجانياً وإنما هو تسليط بعوض بحسب اعتبار المتبايعين أو العقلاء ايضاً ولولم يكن ممضي شرعاً ، وقد ذكرنا غير مرة ان عدم الامضاء الشرعي والفساد بحكم الشارع لا يوجب كون التسليط مجانياً ولا ينافي الاعتبار المعاملي . وثانياً لو سلمنا ذلك فهو انما يتم على النقل دون الكشف ، اذ على الكشف تكشف الاجازة عن خروج الثمن عن ملك المشتري الى ملك المالك المحيز قبل التسليط على مال الغير ، وهو لا يوجب الملك ولا اباحة التصرف (نعم) على النقل يجري الاشكال ، بل الظاهر عدم جريانه على النقل ايضاً ، وذلك لأن التسليط انما يكون مجانياً في فرض بطلان البيع وعدم لجوق الاجازة ، وأما اذا كان البيع صحيحاً ولحقه الاجازة فالتسليط يكون بعوض حتي في حكم الشارع - فتأمل .

وأما ما ذكره فخر المحققين في الايضاح وجهاً رابعاً لدفع الاشكال من ان الثمن في الفرض يكون متعلقاً لحق المالك المحيز ايضاً ، اذ المفروض انه جعل ثمناً لماله وان كان متعلقاً لحق الغاصب ايضاً الا انه يقدم عليه حق المالك ، لما ورد من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال (ففيه) اولاً - لم يرد دليل على انه يؤخذ بأشق الأحوال بل لا يؤخذ الا بما ثبت في حقه شرعاً . وثانياً - ذكرنا ان وقوع العقد على مال الغير لا يوجب له حقاً ، والاجازة انما هو حكم شرعي لاحق مالكي (هذا) مضافاً الى انه يعتبر في صحة الاجازة عدم كون موردها متعلقاً لحق الغير والا فلا تنفذ ، فالصحيح في الجواب عن الاشكال ما ذكرناه .

قوله (قدّه) : مسألة في احكام الرد (١)

الرد وأحكامه

(١) يقع الكلام فيها من جهات :

(الأولى) في الرد القولي والفعل . ولا يخفى ان البحث عنه انما يكون له اثر بناءً على عدم نفوذ الاجازة بعد الرد وكون تخلل الرد بين العقد والاجازة مانعاً عنها ، وأما لو قلنا بنفوذها بعد الرد أيضاً فلا مجال للبحث عنه ، فبعد فرض مانعية سبق الرد عن لحوق الاجازة نقول :

اما الرد القولي فلا بد أن يكون بلفظ « رددت » ونحوه مما يكون مبرزاً عرفاً وأما الرد الفعلي فظاهر المحقق النائي ان النزاع فيه صغروي ، اذ لم يتعرض فيه للكبرى وانما ناقش في الصغرى ، وان الأمثلة المذكورة في المتن ليس شيء منها مصداقاً للرد وانما هي معدمة للموضوع (ونقول) كأنه « قدّه » تخيل انحصار الرد الفعلي بتلك الأمثلة ، ولا وجه له ، فان من مصاديقه الاشارة ، فاذا سئل المالك عن انه يرد العقد الواقع على ماله فأشار برأسه « نعم » يكون ذلك رداً فعلياً فالظاهر تحققه بما هو مبرز للرد عرفاً سواء كان قولاً او فعلاً .

(الجهة الثانية) في تصرف المالك في ماله تصرفاً ناقلاً او مخرجاً له عن الملكية كالبيع والعتق ونحوه وانه هل ينفذ بعده اجازته للبيع السابق فيكون عقده اللاحق فاسداً او لا يبقى بعده موضوع لاجازته ؟ المحتملات فيه ثلاثة ، وظاهر المصنف انه على الكشف يصح العقد السابق بالاجازة وينكشف بها وقوع التصرفات في ملك الغير ، فتكون صحتها مراعي باجازة مالكها الجديد ان كان قابلاً للاجازة ، وعلى النقل ينعكس الأمر لأنه قبل تمامية سبب النقل انتقل المال الى غيره او خرج عن

ملكه (ولكن) الصحيح فساد العقد السابق حتى على الكشف فضلاً عن النقل ، وذلك لأن الاجازة انما تكشف عن صحة العقد من حين صدوره فيما اذا صدر من المالك لولا الاجازة ، ومع صحة النقل لا يكون المحيز مالكا كذلك ، فان الخطاب في «أوفوا بالعقود» ونظائره متوجه الى المالك ، ولا بد في صحة العقد السابق من أن يستند الى المالك باجازته ، والا فلاتعمه الأدلة ، فصحة الاجازة متوقفة على فساد العقد اللاحق ، والمفروض ان فساده متوقف على نفوذ الاجازة وكشفها عن صحة العقد السابق ، وهذا دور ظاهر (فالصحيح) في هذا الفرع الحكم بصحة العقد اللاحق دون الاجازة على الكشف بجميع اقسامه فضلاً عن النقل .

(وبالجملة) اذا تصرف المالك فيما بين العقد والاجازة بتصرف متلف للعين أو ما هو بحكمه فلا يبقى بعد ذلك محل للاجازة لامن جهة ان الاجازة تتعلق بالعين ، لما ذكرنا سابقاً من انها متعلقة بالعقد بل لأن الخطاب في ادلة صحة العقود متوجه للمالك ، فلا بد من أن يكون البيع بيعاً للمالك فتعمه الأدلة ، فاذا فرضنا ان المبيع خرج عن ملك المحيز قبل اجازته واستناد البيع اليه فيستحيل أن يكون هذا البيع بيعاً للمالك ، لأنه حين وقومه لم يكن بيع المالك وحين تحقق الاستناد لا يكون المالك مالكا ، فلاتعمه الأدلة .

(هذا) مضافاً الى ان بعض ماورد في النهي عن بيع ما لا يملك (١) يعم المقام ، كقوله عليه السلام في بعضها « لا بأس لأنه لا يشتره بعد ما يملكه » وفي بعضها « يبيع بعد ما يملك » فانه يستفاد منه المنع اذا لم يكن البيع والشراء في ملك لا يفرق فيه بين أن لا يكون البائع مالكا حين البيع فيملك بعده فيجيز أو يكون حين وقوع العقد مالكا ولم يكن مالكا حين الاجازة ، فان البيع الحقيقي لا يكون في ملك البائع ، وما ذكرناه جاز على القول بالكشف والنقل وان كان على النقل اوضح

من الكشف وعلى الكشف الحكمي اوضح من الكشف الحقيقي .
(ويلحق) بالبيع فيما ذكرناه التزويج ، فاذا زوجت امرأة فضولة لشخص
ثم هي زوجت نفسها لشخص آخر لا يبق بعد ذلك مجال لأن تميز النكاح الأول
اصلاً ، لأن التزويج الثاني تزويج صادر ممن له اهلية التزويج وواقع في محله ، فيكون
نافذاً .

(واما الاستيلاد) فالظاهر انه مانع عن الاجازة ، لأن بيع المالك لها انما هو
باجازته ، والمفروض انها ام ولد حينئذ . اللهم الا ان يقال ان المنع انما هو عن
انشاء البيع على ام الولد وليست الاجازة انشاء لبيعها ، وانما هي استناد البيع السابق
الى المالك .

(هذا كله) في عقد المالك الواقع على عين المبيع فضولة ، وأما اذا كان
العقد الواقع من المالك على منافع العين المبيعة فضولة لاعلى عينها فان كان منافياً
للعقد الفضولي - كما اذا أجر الفضولي دار زيد لمدة ثم أجرها المالك ايضاً في تلك
المدة - ففي مثله لا بد من القول بفساد العقد الفضولي لما تقدم ، وأما ان لم يكن منافياً
للعقد الفضولي - كما اذا فرضنا ان دار زيد بيعت فضولة ثم أجرها المالك لمدة ثم
اجاز البيع - فان الاجازة لاتنافي البيع ، لأن المشتري انما يملك المنافع بتبع مالكيته
للعين فيكون المبيع مورداً للاجازة لاحالة ، غايته يكون مسلوب المنفعة الى مدة
معينة ، والظاهر صحة البيع الفضولي في هذه الصورة : أما على النقل فلان المبيع ينتقل
الى المشتري مسلوب المنفعة في مدة الاجازة ، فيثبت للمشتري خيار الغيب لأنه
اقدم على شرائه تام المنفعة ، وأما على الكشف فلما ذكرناه من ان المحيز لا بد وأن
يكون مالكا لولا الاجازة ، وبالنسبة الى منافع مدة الاجازة لا يكون كذلك فلا
ينفذ اجازته فيه .

هذا في الاجازة ، وأما في تزويج الأمة اذا بيعت فضولة فزوجها المالك ثم

اجاز المالك البيع فالظاهر فيه أيضاً الصحة ، لأنه غير مانع عن البيع غاية الأمر يثبت للمشتري الخيار كما عرفت في الاجازة .

(وأما الرهن) فيما اذا رهن المالك العين المبعة فضولة ثم اجاز البيع فظاهر المحقق الثاني كونه مانعاً عن صحة الاجازة ، ولكن التحقيق انه ان تمسكنا في منع الراهن عن التصرف في العين المرهونة بالنبوي الضعيف السند الذي لم ينجز ضعفه بعمل الاصحاب وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف » فلا يجوز له الاجازة في الفرض لأنها تصرف في العين المرهونة . وأما بناءً على القائه - كما هو الصحيح - فقتضى القاعدة هو المنع عن التصرف في العين المرهونة بما ينافي حقيقة الرهن كاتلاف العين دون غيره ، وبما ان تمليك العين المرهونة لا ينافي حقيقة الرهن ، اذ لا يلزم ان يكون العين المرهونة ملكاً للراهن بل يجوز رهن ملك الغير باذن مالكة ، كما يجوز بيع العين المرهونة كذلك - يعني متعلقاً لحق المرتهن بحيث يكون حق استيفاء دينه من المبيع اذا امتنع المديون من الأداء - فعليه لامانع من اجازة المالك البيع الفضولي الواقع على ماله بعد ما رهنه للغير ، غايته يثبت للمشتري خيار العيب كما هو ظاهر .

(وبالجملية) ما كان من تصرف المالك مصداق للرد الفعلي - كالاشارة ونحوها - فهو كالرد القولي في كونه موجباً لانحلال العقد الواقع على ماله وزوال علة الطرف عنه ، وأما التصرف المتلف للمبيع او بما يجعله بحكم التالف كالبيع ثانياً لشخص اخر فهو كما ذكرنا لا يبيح موضوع للاجازة حتى على الكشف فضلاً عن النقل ؛ ولكنه لا يوجب انحلال العقد السابق ، اذ المفروض عدم كونه رداً له ، فغايته انه يوجب سقوط العقد عن قابلية الاجازة بالنسبة الى المالك بالفعل فقط ولا يسقطه عن الصحة التأهلية مطلقاً ، بحيث لم يكن قابلاً للاجازة بالاضافة الى المالك الجديد أيضاً الا اذا كان التصرف تصرفاً موجباً لسقوط العقد عن قابلية

قوله (قدّه) : في التصرفات الغير المنافية (١)

الاجازة مطلقا كالعتق ، فان بيع الحر غير جائز مطلقا .
(هذا كله) في البيع وقد عرفت حكم التزويج والاستيلاء ايضا ، فان الاستيلاء - وان لم يكن مخرجا للامة المستولدة عن الملك - الا انه مانع عن بيعها وبيع المالك اجازته .

التصرف غير المنافي لا يكون رداً

(١) كعرض المالك المبيع للبيع أو بيعه ببيع فاسد ، وقد فصل فيه المصنف بين ما اذا كان المالك حين تصرفه ملتفتا الى وقوع البيع الفضولي وعدمه ، وذهب في الأول الى انه رد للعقد الفضولي ، واستدل عليه أولا بما ورد في نكاح العبد والامة بغير إذن مولاه (وفيه) ما ذكره المصنف انه لا تعرض في ذلك لكيفية الرد والغريب تمسكه « قدّه » بذلك ، فالعمدة في المقام أمران اخران :
(احدهما) كون العرض على البيع أو البيع الفاسد رداً عرفاً (وفيه) منع ، بل قد يعرض المالك ليرى هل يباع بأكثر من ثمن بيع الفضولي فيبيعه أولا فيجيز العقد السابق .

(ثانيهما) فحوى الاجماع المدعى على حصول الفسخ بالفعل في العقد الجائز بالذات كالهبة او بالعرض كالبيع الخياري ، فاذا صلح الفعل لرفع اثر العقد الثابت فبالاولوية يصلح للرد (وفيه) ما ذكرناه من الفرق بين الفسخ والرد ، فان من له الخيار لا يتمشى منه قصد بيع ما انتقل عنه بالعقد الجائز مالم يفسخ العقد ، اذ لا معنى لقصد بيع الانسال لنفسه مال الغير (وعليه) فنفس البيع الثاني بالدلالة الالتزامية دال على الفسخ ، وغير البيع من تصرفاته الآخر يكون فسخا من باب الحمل على

قوله (قدّه) : مسألة لو لم يجز المالك (١)

الصحة ، وهذا بخلاف الفعل المتأني في مورد الرد ، فانه ليس فيه دلالة التزامية على الرد كما لا يقتضيه الحمل على الصحة .

(نعم) خصوص الوطى في العدة يكون رجوعاً ولو قصد به الزنا ، لأن المطلقة رجعية قبل انقضاء عدتها زوجة حقيقة ، فالصحيح ان العرض للبيع لا يكون رداً للعقد السابق ، وكذا البيع الفاسد (وبما ذكرناه) ظهر الحال في الوكالة والوصية للبيع أو إيقاع العقد الفاسد عليه لا يوجب بطلانها (وأما الإيجار والرهن) فقد عرفت الكلام فيها فلا نعيد .

حكم ضمان المبيع فضولة

(١) أما اذا أجاز المالك البيع الواقع على ماله فلا اشكال في انه يملك الثمن وله انتزاعه من يد المشتري أو البائع ان كان موجوداً ، كما له الرجوع ببذله ان كان تالفاً ، وأما اذا رد البيع الواقع على ماله فضولة فان كان المبيع في يده فهو والا فله انتزاعه ممن وجده في يده ان كان باقياً ومع التلف يرجع ببذله الى من تلف عنده أو وقع تحت يده فله الرجوع الى البائع ، سواء كان غاصباً أو كان جاهلاً ، وإلى المشتري ايضاً اذا وقع يدهما عليه ، كما في بقية موارد تعاقب الأيادي .

وهذا واضح وانما الكلام في انه عند التلف يكون الضمان بقيمة يوم الغصب أو يوم التلف أو يوم الدفع أو أعلى القيم وجوه ، وقد ذكرنا في قاعدة « ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده » ان مقتضى القاعدة هو الضمان بقيمة يوم الدفع ، الا أن ظاهر صحيحة أبي ولاد أن الميزان بقيمة يوم الدفع - على ما تقدم الكلام في ذلك . ثم لو قلنا بضمان أعلى القيم فالمراد بها أعلى القيم من زمان وقوع البيع في يد الضامن

قوله (قده): وأما حكم المشتري مع الفضولي (١)

الى زمان الدفع . فلو فرضنا زيادة القيمة في يد البائع ثم نقصت قبل وقوعه في يد المشتري ليس للمالك الرجوع اليه بالزيادة ، بل إما يرجع بأصل القيمة وزيادتها الى البائع او يرجع الى المشتري في اصل القيمة وبرجع في الزيادة الى البائع .
(هذا كله) في رجوع المالك بالاضافة الى عين المبيع أو بدله ، وأما المنافع فللمالك ايضاً الرجوع الى اي منها شاء ، أما في المستوفاة فبلا اشكال وفي غير المستوفاة الى زمان التلف على كلام ، والسر في ذلك ان وضع اليد على العين في ان واحد يكون استيلاءً على جميع منافع العين الى وقت تلفها بالتبع فيضمن للمالك جميعها ، ولذا للمالك الرجوع الى كل منها في المنافع من حين وقوعها تحت استيلائه الى زمان تلف العين .

(وأما الأوصاف) فلا اشكال في كونها مالا ويضمنها من استولى عليها ، فاذا فرضنا وقوعها تحت يد كل منها وتلفها بعد ذلك فللمالك أن يرجع فيها الى كل منها ، وأما اذا فرضنا وجودها تحت يد المشتري دون البائع فالظاهر انه لا يرجع فيها المالك الا اليه دون البائع ، خلافاً للميرزا « ره » حيث قاس الأوصاف بالمنافع في دخولها تحت اليد بتبع العين ولو لم تكن موجودة حين الاستيلاء على العين ، وذلك للفرق بينها وبين المنافع وعدم كون الأوصاف تابعة للعين في الضمان ، كما هو ظاهر . هذا كله في حكم رجوع المالك الى المشتري أو البائع في المبيع ومنافعه وأوصافه .

حكم المشتري مع الفضولي

(١) تارة يقع الكلام في رجوعه اليه بالثمن واخرى في رجوعه اليه بما غرمه

قوله (قدّه) : وان كان عالماً بالفضولية (١)

المالك زائد على الثمن من قيمة المنافع او زيادة القيمة السوقية ، فهنا مسألتان :
 (الأولى) في رجوعه اليه بالثمن ، أما اذا كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع فلا ريب في انه يرجع اليه بالثمن ان كان تالفاً ، اذ لم يصدر منه ما يوجب عدم ضمان البائع من التسليط المجازي ولا غيره سوى اعترافه بأنه مالك ، واعترافه بذلك يتصور على ثلاثة أنحاء : لأنه قد يعترف به من باب اليد قبل قيام البينة على عدم كونه مالكا ، واخرى يعترف به من باب العلم كما اذا اعترف بذلك بعد قيام البينة ايضاً ، وثالثة لا يكون في البين قرينة على احدى الكيفيتين : أما على الأول فليس اقراره مانعاً عن الرجوع لسقوطه بسقوط اليد بعد قيام البينة على خلافها ، كما هو الحال في جميع موارد قيام البينة ، فانها تقدم على اليد دائماً ، بل البينة بالالتزام دالة على جواز الرجوع اليه بالثمن ، وأما على الثاني فليس له الرجوع اليه لاعترافه بأن الثمن ملك له غايته قد أخذ منه المبيع بحسب الحكم الشرعي الظاهر ، وهو لا يجوز له اخذ مال الغير ، وأما الثالث فذكر فيه المصنف ان في الأخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو الأخذ بظاهر اللفظ وجهان ، ولم يرجح احدهما على الآخر الا ان الظاهر إلحاقه بالقسم الأول وسقوطه بالبينة (وذلك) لأن مقتضى عموم على اليد أو قاعدته ثبوت الضمان الا فيما اذا علم المالك بعدم الضمان وان المال له ، وفي المقام اعترافه به مشكوك ، فلا يمكن رفع اليد فيه عما اقتضاه القاعدة .

(وبعبارة اخرى) دليل البينة بالالتزام دال على سقوط الاعتراف وجواز الرجوع الى البائع ، الا فيما اذا ثبت كون اعترافه عن علم وغير مستند الى اليد .
 (١) يمكن فرض ذلك من طرف البائع ومن طرف المشتري ، كما اذا علم بأن البائع غير مالك للمبيع ومع ذلك دفع اليه الثمن ، او علم البائع بأن المشتري غير مالك للثمن ومع ذلك دفع اليه المبيع . ويقع الكلام في هذه الصورة - اعني ما اذا

كان المشتري عالماً بأن البائع لا يملك المبيع - في جهات ثلاث : « الأولى » في جواز رجوعه اليه بالثمن الذي دفعه إياه مع بقاء عينه . « الثانية » في جواز تصرف البائع فيما يأخذه من المشتري من الثمن « الثالثة » في جواز رجوع المشتري الى البائع ببدل الثمن اذا كان تالفاً عنده .

(أما الجهة الأولى) فالظاهر فيها جواز الرجوع الى الثمن اذا كان باقياً ، وقد استدل عليه المصنف - على ما استفاد من مجموع كلامه - بوجوه ثلاثة : « الأول » عدم المقتضى لانتقال الثمن الى البائع . « الثاني » ان مجرد التسليم لو كان موجباً لانتقال المال اليه لزم حصول الانتقال في البيوع الفاسدة ايضاً لتسليم كل من المتبايعين صاحبه على ماله ، وهذا كأنه نقض في المقام . « الثالث » ان تملك البائع للثمن يستلزم عدم صحة البيع لو أجاز له المالك لفوات محلها بذلك ، ثم امر بعد ذكر هذا الوجه بالتأمل .

(ونقول) أما الوجه الأول فمتين جداً ، اذ لا موجب لانتقال الثمن الى البائع مع ان المشتري لم يسلطه عليه مجاناً وانما سلطه عليه مهنياً على انه وفاء للعقد . والأولى أن يضاف الى هذا الوجه ما ذكره المصنف في الجهة الثانية من أن تملك البائع للثمن في الفرض اكل للمال بالباطل ، فيقال : ان ظاهر قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض » حصر سبب الحل بالتجارة الناشئة عن رضا المالكين لارضا كل احد ، وهي مفقودة في المقام ، لأن البائع انما يملك الثمن ببيع مال غيره ، اذ المفروض عدم كون التسليم مجانياً فيكون داخلاً في المستثنى منه - أعني اكل المال بالباطل .

(وأما الوجه الثاني) فيرده الفرق بين البيع الفاسد من جهة انتفاء احد العوضين والبيوع الفاسدة شرعاً من الجهات الأخر ، فان تسليم كل من المتبايعين صاحبه على ماله في البيع الفاسد ليس تسليطاً بلا عوض ، بل هو تسليم مع العوض

غاية الأمر لم يمضه الشارع بل حكم بفساده ، وهذا بخلاف التسليط في فرض انتفاء احد العوضين ، كما في شراء مال الغير ، فان المشتري حينئذ يسلط البائع على الثمن بلا عوض ، فالتسليط مجاني . وقد اشار المصنف « قده » الى هذا الفرق بعد أسطر فهو ملتفت اليه ، وذكر هذا الوجه مع ذلك منه غريب .

(وأما الوجه الثالث) فبرده امران قد ذكرناهما سابقاً في احكام المجاز : (احدهما) أن اجازة المالك تكشف عن ان تسليط المشتري البائع على الثمن كان تسليطاً له على مال الغير فلا يفيد الملك ، هذا على الكشف (ثانيهما) ان التسليط المجاني - مع العلم بأن البائع غير مالك - انما هو في فرض بطلان البيع وعدم اجازة المالك ، وهذا جار على النقل ايضاً ، فكون التسليط مجانياً في فرض الرد لا يستلزم انتفاء موضوع الاجازة .

(هذا) وقد ذكر الميرزا وجهاً آخر لجواز رجوع المشتري الى حين الثمن ، وكأنه لم يرتض ما افاده المصنف ، حاصله : ان التسليط المجاني لا يزيد على الهبة الجائزة ، فنفرض انه مفيد للمالك الا انه لامانع من الرجوع مع بقاء العين ، كما يمكن الرجوع الى العين المرهونة في الهبة (وفيه) ان جواز الرجوع الى الثمن لو كان من باب الهبة لاختص بما اذا كان الثمن قائماً بعينه ولا يجوز الرجوع اليه في فرض زوال بعض اوصافه ، كما اذا كان قيصاً ففصله للخياطة او كان حيواناً فذبحه (وعليه) لم يجز الرجوع ايضاً فيما اذا كان البائع رحماً للمشتري ، فان الهبة الى ذي الرحم تكون لازمة . ومن الظاهر انه بناءً على جواز رجوع المشتري الى الثمن لا يفرق فيه بين هذه الصورة ، فالعمدة في المقام هو الوجه الأول في كلام المصنف .

(وأما الجهة الثانية) فما ذكرناه ظهر الحال فيها ، فان تصرف البائع في الثمن مع انه عالم بعدم انتقاله اليه وعدم اذن مالكة له في التصرف بعنوان انه مالك يكون من اكل المال بالباطل كما افاده المصنف ، اذ المالك انما سلطه عليه بعنوان كونه

وفاء للعقد .

(الجهة الثالثة) في جواز رجوع المشتري الى البائع في بدل الثمن في فرض تلفه ، وذهب بعض الى الجواز ، والمعروف عدمه كما اختاره المصنف والميرزا «ره» وغيرهما . والوجه فيه ان المالك سلط صاحبه على ماله بلا عوض ، فلا مقتضى للضمان .

(وقد) أوضحه المصنف بما حاصله : ان الضمان إما يكون لليد - اي الاستيلاء فانه موجب للضمان للحديث او للسيرة العقلانية - وإما لقاعدة الاقدام على الضمان ، والأول مخصص بفحوى مادل على عدم الضمان في موارد الاستيلاء من الوديعة والعارية والاجازة ونحوها ، فاذا لم تكن العين مضمونة في هذه الموارد مع عدم الاذن من المالك في الاتلاف ، لأن الدفع في الوديعة يكون لجرد الحفظ وفي العارية والاجازة للانتفاع بالعين مع ابقائه ، فبالأولوية لاضمان في المقام الذي يكون التسليط فيه على التصرف والاتلاف (وأما الثاني) - اعني الاقدام على الضمان - فعدم جريانه في المقام اوضح ، لأن البائع انما اقدم على الضمان بشيء يعلم المشتري بأنه ليس له ، فاذاً لا مقتضى للضمان .

(ثم) اورد المصنف على ذلك بأن تسليط المشتري البائع على الثمن ليس مجانياً وانما هو بأزاء المبيع بعد بنائها على ان البائع مالك للمبيع ولو عدواناً كما في بيع الغاصب ، فالتضمين المالك متحقق وان لم يعضه الشارع ، ولولا ذلك لم يتحقق قصد المعاوضة الحقيقية من المتبايعين ولم يصح بيع الغاصب .

(واجاب عنه) بما حاصله : الفرق بين البيع والتضمين ، فان البيع - كما ذكرناه - مبادلة بين مالين وليس لخصوصية المالكين دخل فيه ، فاذا بني الغاصب على انه مالك ولو عدواناً يقصد المبادلة بين المالين حقيقة ، فتقع صحيحة للمالك اذا أجاز ، وهذا بخلاف التضمين فان معناه كون العين المضمونة في عهدة الضامن

وخسارته عليه ، فاذا فرضنا ان المضمون به ليس للضامن والمضمن عالم به فكيف يضمّنه به مع انه لو تلف لم يخرج بشيء من كيسه ولو بني على مالكيته عدواناً . ثم ذكر انه على هذا يلزم عدم الضمان في صورة الجهل بعدم مالكيته البائع أيضاً ، لأن المشتري في هذا الفرض أيضاً ضمّنه الثمن بأزاء مبيعه الشخصى الذي هو ملك الغير ، فلم تتحقق حقيقة التضمين .

(واجاب عنه) بالفرق بين الصورتين ، فان المشتري في فرض الجهل لم يأذن للبائع في التصرف في ماله الا بعنوان كونه ضامناً له بالمبيع الذي اعتقد كونه مالكا له ، فلم يطب نفسه بالتصرف فيه من دون ضمان ، وهذا بخلاف فرض العلم ، فان المشتري اذن فيه للبائع في الاتلاف والتصرف من دون ضمان له بماله ولو اعتقاداً . (ثم ذكر) انه لا ينتقض عدم الضمان في المقام - اعني فساد البيع لخلل احد العوضين بثبوته في البيوع الفاسدة لجهة اخرى من غرر ونحوه ، لأن التضمين هناك متحقق غايته لم يكن الضمان الخاص ممضياً في نظر الشارع ، فيبقى اصل الضمان ثابتاً ، وهذا بخلاف مانحن فيه .

هذا ملخص ما افاده المصنف في نفي الضمان في المقام ، والمحقق النائيني وان ناقشه في بعض خصوصيات كلامه الا انه تابعة في المدعي - أعني عدم الضمان - (ونقول) قد عرفت فيما تقدم سابقاً ان دليل الضمان انما هو قاعدة « على اليد ما اخذت حتى تؤدي » التي عليها بناء العقلاء ، ومعنى على اليد هو الاستيلاء على مال الغير ، وأما الاقدام على الضمان فلا دليل على كونه مضمناً وانما يضم على قاعدة على اليد لنفي الاقدام على عدم الضمان فانه مانع عنه والغاء لاحترام المال ، وقدمر تفصيله في بيان قاعدة ما يضمن وما لا يضمن (وعليه) فلا بد وان ننظر في ان المشتري في محل البحث هل اقدم على المجانية والغبي احترام ماله بتسليط البائع على ماله مجاناً فلا ضمان او انه سلطه عليه وفاءاً للعقد السابق الواقع بينها وان كان

قوله (قده) :ولكن اطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه (١)

فاسداً شرعاً ، وهذه هي النكته للضمان وعدم ولم يتعرض لها المصنف .
(ومن الواضح) ان المشتري لم يسلط البائع على ثمنه الا مبنياً على العقد السابق وتملكه للمبيع ، ولو كان مثل هذا التسليط مجانياً موجباً لعدم الضمان لزم انتفاء الضمان فيما يأخذه الغالب من المتغافرين من المغلوب ، وهذا فيما يبذله مشتري الخمر والخمرير الى بائعه من الثمن مع علمه بالحال ، فالصحيح ثبوت الضمان في المقام بمقتضى عموم على اليد بعد عدم كون التسليط مجانياً ، ولا ينتقض ما ذكرناه بالمبيع بلا ثمن او الاجازة بلا اجرة ، فانه في الحقيقة هبة مجانية عبر عنها بالبيع أو الاجازة ، فالتسليط فيها مجاني بلا عوض ، كما لا ينتقض بدفع الثمن الى ثالث - اي الى غير البائع - فان دفعه اليه لا بد وان يكون مجانياً بلا عوض ، فلا يقاس بالدفع الى البائع في مقابل المبيع .

(ومن الغريب) ان المصنف ذهب في الجهة الثالثة الى عدم الضمان مع اختياره في الجهة الثانية عدم جواز تصرف البائع في الثمن ، لعدم انتقاله اليه وعدم اذن المالك له بالتصرف بعنوان انه مالك مع وضوح ملازمته مع الضمان ، فان التسليط ان كان مجانياً بلا عوض فهو ترخيص في التصرف فكيف منع عنه ، وان لم يكن تسليطاً مجانياً بل كان بعنوان الوفاء بالعقد السابق كما هو الصحيح فلا وجه لعدم الضمان (وبالجمله) التفصيل بين الأمرين لم نعرف له وجهاً .

(١) قد مر الكلام في قاعدة ما يضمن وما لا يضمن ، وذكر انه ليس شيء منها مضمون دليل لفظي ولا معقد اجماع ، بل كلام ذكره الشيخ « قده » والشهيد في المسالك وتبعها غيرهما ، فلا وجه لما اتعب به المصنف نفسه الزكية في بيان عباراتها وتطبيقاتها على مواردنا وبيان المراد منها ، الا انا بينا في محله ان معناها ان كل فرد من عقد يضمن به اذا فرض صحيحاً يضمن به اذا كان فاسداً ايضاً ، وينطبق

قوله (قدّه) : ثم ان مقتضى ما ذكرناه (١)

حينئذ على مانحن فيه على ما بيناه . ويلخص مما بيناه ثبوت الضمان في الفرض ، لأن المشتري لم يقدم على تسليط البائع على الثمن مجاناً وإنما سلطه عليه بعوض ، فعموم دليل على اليد مثبت للضمان .

(نعم) اذا فرضنا عدم قابلية المبيع للمبادلة اصلاً حتى عند العقلاء - كما اذا باعه السماء الرابعة او الحر - وعلم المشتري بذلك لا يكون البائع ضامناً للثمن اذا سلطه عليه لعدم تحقق قصد المبادلة منها حقيقة ، فليس تسليطه على الثمن تسليطاً بعوض حتى بحسب الاعتبار للمتابعين ، بل لكون المبادلة في هذه الصورة حقيقة كالبيع بلا ثمن فلا ضمان ، ولا يقاس هذا بشراء الخمر او الخنزير ونحوه مما هو مال عرفاً ولكنه ليس بمال شرعاً ، فان قصد المبادلة الحقيقية موجود فيه حقيقة ، فيكون دفع الثمن الى بائعه بعنوان الوفاء بالعقد السابق ومع العوض فيضمنه لاحتالة ، وهذا بخلاف بيع ماليس بمال حتي عرفاً ، فان قصد المعاوضة حينئذ مفقود واقعا وليس دفع الثمن الى البائع الا تسليطاً مجانياً .

فروع يستثنى عن المسألة السابقة

(١) تعرض المصنف في ذيل هذه المسألة لفروع :

(منها) انه اذا باع الفضولي للمالك لاني نفسه وعلم المشتري بذلك ودفع اليه الثمن لكونه واسطة في ايصاله الى المالك فتلف في يده يكون ضامناً ، لعدم تسليطه عليه ولا اذن له في التصرف (وفيه ما لا يخفى) فان ما ذكره من الضمان في الفرض ان اراد به ضمان الاتلاف فهو خارج عن محل الكلام لأن محل البحث انما هو التلف والضمان بدليل على اليد ، وان اراد به ضمان اليد - كما هو الظاهر - فلم نعرف

قوله (قدّه) : المسألة الثانية - ان المشتري اذا اغترم للمالك (١)

له وجهها ، لأن المفروض ان المشتري استأمنه في إيصال الثمن الى المالك ، ولا ضمان في مورد الاستيمان ، فكان الصحيح المتعين على المصنف ان يعكس المطلب ، أي يقول بالضمان في الفرض السابق وبعدمه في الفرض .

(ومنها) انه قدس سره حكم بالضمان فيما اذا اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري له في ذلك ، بل اخذه بناءً على العقد الواقع بينهما ، لعدم تحقق تسليط من المشتري . وهذا متين .

(ومنها) حكمه بالضمان فيما اذا اشترط المشتري على البائع الضمان ، اى الرجوع اليه بالثمن اذا أخذ منه المبيع صاحبه ، وهذا أيضا ظاهر .

(ومنها) عدم الفرق بين كون الثمن كلياً فدفعت اليه بعض افراده وبين كونه شخصياً ، وهذا أيضا واضح .

المسألة الثانية

(١) يقع الكلام فيها في موارد : (الأول) فيما يغرمه المشتري للمالك في مقابل العين ، كزيادة القيمة على الثمن او زيادة القيمة السوقية عنده (الثاني) فيما يغرمه المالك بإزاء ما استوفاه من المنافع ، سواء كانت عينية كلبن الشاة او صوفه او غير عينية كسكنى الدار او خدمة الجارية (الثالث) فيما خسره المشتري ولم يحصل له في مقابلته نفع اصلاً مثل ما صرفه في تعمير المبيع واصلاحه كتسوية الأرض أو اجراء الماء فيها او نحو ذلك .

وأولا يقع البحث في القسم الثالث (فنقول) المعروف فيه الرجوع اذا كان المشتري جاهلاً ، وقد استدلل عليه بوجوه :

(الأول) حديث لا ضرر (وفيه) ما تقدم من أن ثبوت الضمان - وإن كان يتدارك به ضمان المشتري - إلا أنه ضرر على البائع ، فلا يتمسك به في مثل ذلك .

(الثاني) اقوائية السبب من المباشر (وفيه) أن ذلك ليس مفاد دليل ، والميزان فيه إنما يكون باسناد الفعل الى السبب عرفاً . مثلاً : إذا أمر أحد حيواناً باقتراس مسلم يستند قتله اليه عرفاً فيقال الأمر قتله ، وهكذا إذا بعث أحد جاهلاً على قتل شخص أو حفر بئر في الطريق فوقع فيه مؤمن ففي جميع هذه الفروض يصح عرفاً اسناد القتل اليه ، لعدم توسط فعل عاقل مختار في البين ، فيثبت آثاره عليه لا محالة . وأما إذا أمر أحد غيره بأكل مال الغير وأصر عليه في ذلك حتى أوجد له الداعي على الأكل فأكله لا يسند اليه الفعل لتوسط ارادة فاعل مختار في ذلك . وما نحن فيه من هذا القبيل - أي الثاني - فلا يقال عرفاً أن البائع خسر - فتأمل .

(الثالث) التغرير ، وفي النبوي « المغرور يرجع الى من غر » ، وهذا النبوي وإن كان ضعيف السند وانجباره بعمل الأصحاب غير معلوم - مضافاً الى ما بيناه في محله من أصل تحقق الانجبار بالعمل - إلا أنه يمكن استفادة ذلك من بعض الأخبار الواردة في موارد خاصة ، فإن ثبت ذلك يكون موجبات الضمان ثلاثة : اليد ، والضمان ، والتغرير .

(وبالجمله) البحث في هذه المسألة يقع من جهات ثلاثة : « الأولى » في رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن في مقابل العين ، كما إذا اشتراها بأقل من ثمنها الواقعي فأخذ منه المالك تمام القيمة . « الثانية » في رجوعه اليه فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع التي استوفاه . « الثالثة » فيما يغرمه المالك في مقابل المنافع الغير المستوفاة أو ما خسرته في غير ذلك مما لم يرجع اليه نفعه .

(أما الجهة الأولى) فاستدل فيها على الرجوع بوجوده :

(الأول) دليل لا ضرر . وقد عرفت أن ثبوت الضمان - وإن كان مزيلاً

لضرر المشتري - الا انه ضرر على البائع ، فلا يجري في المقام ، مضافاً الى عدم اثباته الضمان في نفسه ،

(الثاني) قاعدة التسبيب ، فان البائع هو الذي أوقع المشتري في تلك الخسارة ، (وفيه) انها ليست مورد آية ، بل لابد فيها من استناد الفعل الى السبب عرفاً لضعف المباشر وكونه بمنزلة الآلة ، كما اذا فتح احد باب قفس الحيوان فطار أو امر مجنوناً بقتل أحد . ومن هذا القبيل شاهد الزور الذي رجع عن شهادته ، فانه يصدق انه خسر المحكوم عليه لأن الحاكم معذور .

(نعم) في ثبوت الضمان على من قدم طعاماً لغيره فأمره بالأكل كلام يمكن ان نتعرض له ، فالعمدة هو (الوجه الثالث) اعني الغرر . وقد ورد في النبوي أن المغرور يرجع الى من غر ، وهو ضعيف السند ولم يعلم انجباره بعمل الأصحاب ، اذ لعلهم استندوا في هذه القاعدة الى الروايات الواردة في موارد خاصة ، وقد ذكرها بعضهم : منها ماورد (١) في أن ولي المرأة اذا زوجها وكانت معيبة فان كانت

(١) ذكر بعضها في ج ١٤ من الوسائل - كتاب النكاح - في الباب الثاني من أبواب العيوب والتدليس ص ٥٩٦ . واليك بعضها :

عنهم - يعني محمد بن يعقوب عن عدة من اصحابنا - عن سهل ، عن أحمد بن محمد ، عن رفاعه بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام « الى أن قال » وسألته عن البرصاء فقال : قضى امير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها وأن المهر على الذي زوجها ، وانما صار عليه المهر لأنه دلسها ، ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها . قال صاحب الوسائل : ورواه ابن إدريس في (آخر السرائر) نقلاً عن كتاب نوادر أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي عن الحلبي ، عن ابن عبد الله عليه السلام ، ورواه الشيخ باسناده عن محمد بن يعقوب .

عوراء او برصاء أو مجنونة يكون المهر على الولي الزوج . ومنها (١) ماورد فيما اذا ظهرت المرأة المزوجة مملوكة للغير ولم تكن ببنت مهيرة ان المهر يكون على الزوج . وهذه الطائفة اجنبية عما نحن فيه ، لأن ضمان الزوج للمهر في موارد خاصة غير مستلزم لكون التغيرير موجبا للضمان مطلقا . ويؤكد ذلك ما في بعضها من رجوع المالك الى المشتري في قيمة الولد ، فان مقتضى القاعدة أن يكون الولد رقاً للمالك لأنه من توابع الأم ومنافعها كولد الشاة وأثمار الأشجار ونحوها ، كما في فرض الزنا بأمة الغير يكون الولد ملكاً للمالكها ، الا انه بما ان الوطي وطبي شبهة فيما نحن فيه يكون الولد حراً ، فيرجع المالك الى المشتري بقيمته .

(وبالجملة) في المقام روايتان معللتان يمكن استفادة العموم والاطلاق منهما : (احدهما) روايه اسماعيل بن جابر الواردة في رجوع الزوجة الى الزوج بالمهر معللا بقوله عليه السلام « كما خدعه وغره » أي لأنه خدعه وغره (وفيه) اولاً - انها ضعيف السند بمحمد بن سنان ، فان اقوال اهل الرجال فيه مختلفة بين قادح ومادح ، والقدرح فيه اكثر حتى نقل انه في اواخر حياته دفع كتابه الى

(١) ذكر في الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٢ كتاب النكاح :

محمد بن يعقوب ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسين ، عن محمد بن سنان ، عن اسماعيل بن جابر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل : هي ابنة فلان ، فأتى أباه فقال : زوجني ابنتك ، فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته ، وأنها أمة ، قال : ترد الوليدة على موالها والولد للرجل ، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه .

ونقل ايضاً أحاديث اخر تدل على ذلك في ص ٥٧٧ باب ٦٧ من ج ١٤ كتاب النكاح .

شخص ونهى عن أن يروي عنه شيئاً وقال : اني اخذت ذلك من اهل السوق . وبالجمله على أي تقدير لم يثبت وثاقته . وثانياً - دلالتها قاصرة ، فان عموم العلة انما يقتضى الرجوع الى غير الزوج في المهر ولا يقتضي الرجوع في غير المهر من المصارف حتى الى الزوج فضلاً عن الرجوع الى الغار مطلقاً في جميع الموارد .

(ثانيهما) ما حكى من قضايا امير المؤمنين عليه السلام فيمن تزوج فبان كون المرأة برصاء او عمياء فانه يرجع الى الزوج لأنه غره وخدعه (وفيه) أيضاً - مضافاً الى ضعف السند بسهل بن زياد - انها ضعيفة الدلالة ، لما بيناه في الرواية المتقدمة .

(وبالجمله) قاعدة التغيرير - اعني رجوع المغرور الى من غره - مما لم يعمل بها الفقهاء في جميع الأبواب ، وانما استندوا اليها في باب البيع فقط ، والروايات التي يستدل بها على القاعدة بين ما هي ضعيفة السند او الدلالة او هما معاً ، فالنبوي وهو قوله صلى الله عليه وآله « المغرور يرجع الى من غره » وان كانت دلالته تامة الا انه ضعيف السند ، وأما الروايتان المعللتان فهما ضعيفتان من حيث السند والدلالة : أما من حيث السند فلما عرفت ، وأما من حيث الدلالة فلان عموم العلة لا يقتضي الا ضمان التغيرير في خصوص المهر دون غيره .

(هذا) مضافاً الى انه لو تم الاستدلال بها كان الدليل اخص من المدعى ، لأن رجوع الزوج الى الغار في المهر انما هو في فرض علمه بالعيب دون ما اذا جهل به ، كما صرح بذلك في بعضها وذكر فيها انه مع الجهل لاشيء عليه . كما ان عنوان الغرور والتدليس ايضاً لا يصدق الا في فرض علم الغار بالعيب ونحوه ، لأنه مرادف للخديعة ولا يصدق مع الجهل ، فعلى فرض تمامية دلالة هذه الأخبار على ثبوت الضمان بالتغيرير لا يتم الاستدلال بها للمقام لأنها اخص من المدعي . ومحل الكلام في المقام رجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك مطلقاً ، سواء كان البائع جاهلاً بالحال او عالماً به - فتأمل ، فيكون الدليل اخص من المدعى .

(وأما) رواية جميل (١) وقوله عليه السلام فيها « ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه » فهي قوية من حيث السند كما انها قوية دلالة ايضاً من حيث وردها في البيع وصراحتها في رجوع المشتري الى من باعه بالثمن وقيمة الولد ، الا انه يرد عليه احتمال اختصاص رجوع الحكم بالولد فان له احكاماً خاصة ، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة فيما اذا استولد احد جارية الغير ان يكون الولد رقاً للمالكها للتبعية ، الا انه حكم الشارع في وطى الشبهة بحريته ورجوع المالك الى والده بقيمته ، فن المحتمل ان يكون مختصاً بحكم آخر ، وهو رجوع المشتري الى البائع في قيمته ايضاً ، فلا يمكن التعدي عنه الى بقية الموارد .

وبما بينا ظهر انه لاوجه لما ذكره بقوله : فان حرية ولد المشتري إما ان يعد نفعاً عائداً عليه أولاً ، وعلى التقديرين يثبت المطلوب .

وأما قوله قدس سره : « مع أن في توصيف قيمة الولد انها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم فيطرده في سائر ما اخذت منه » - الخ (ففيه) انه نظير ما ذكره بعض العامة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم « في الغنم السائمة زكاة » من دلالة على الزكاة في غير الغنم من الحيوان السائم ، بتوهم ان علة الحكم هو الوصف فيدور الحكم مداره واو في موضوع آخر وهو غير صحيح وأجنبي عن مفهوم الوصف ، بل الظاهر أن اخذ عنوان الأخذ انما هو من جهة أن رجوعه الى البائع انما يكون بعد اخذ المالك منه والا فليس له الرجوع كما سنذكره انشاء الله تعالى في تعاقب الأيادي ، فان المالك في تعاقب الأيادي اذا رجع الى الغاصب الأول واخذ منه المال له أن يرجع الثاني ، وأما اذا عني ولم يأخذ منه او فرضنا انه متردد في الأخذ بعد فليس للسابق أن يرجع الى اللاحق ، فاعتبار الأخذ في المقام يحتمل أن يكون لهذه النكتة اولاً من جهة

(١) وهي آخر رواية ذكرها صاحب الوسائل في باب حكم ما لوبيعت الأمة

بغير اذن سيدها فولدت من المشتري ج ١٤ ص ٥٩٢ .

بيان انه يرجع الى البائع بمقدار ما اخذ منه لا اقل ولا اكثر ، فان ما يأخذه المالك من المشتري يختلف باختلاف القيمة السوقية ، وله الرجوع الى البائع بمقدار ما اخذ منه دون غيره ، فلا اشعار فيه في علية الأخذ للرجوع ليثبت في جميع موارد الأخذ الا على مسلك بعض العامة الذي هو بديهي الفساد .

أما رواية زرارة (١) فسكوته عليه السلام عن بيان رجوع المشتري الى البائع دليل على عدم الرجوع لو كان في مقام البيان ، فيقيد حينئذ اطلاقه بما دل على الرجوع بقيمة الولد من الروايات الأخر .

وأما رواية زريق (٢) فقد ذكر فيها رجوع المالك الى المشتري في قيمة الأرض المبتاعة وما كان فيها من غرس او بناء ونحو ذلك وتلف في يد المشتري ، كما حكم فيها بأن المشتري اذا أحدث في الأرض شيئاً من غرس او بناء ونحوه ليس للمالك إلزامه بقلعها بل يتخير المشتري بين قلعها وبين اخذ قيمتها من المالك . وهذا نظير حصول الشركة القهرية في بغض الموارد ، وهذا هو مقتضى العدل والانصاف ولا تعرض فيها لرجوع المشتري الى البائع ، لأن البائع في موردها هو القاضي ،

(١) ذكرها في الوسائل ص ٥٩٢ ج ١٤ كتاب النكاح . واليك نصها .

محمد بن الحسن باسناده عن الصفار ، عن يعقوب بن يزيد ، عن صفوان بن يحيى ، عن سليم الطربال او عمن رواه ، عن سليم ، عن حرير ، عن زرارة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام . رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها الى أرضه فولدت منه أولاداً ، ثم إن أباه يزعم أنها له ، وأقام على ذلك البينة ، قال : يقبض ولده ويدفع اليه الجارية ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها . (٢) نقلها في الوسائل ص ٢٥٣ ج ١٢ كتاب التجارة . وهي طويلة لا يسعنا المجال لذكرها ، فراجعها هناك .

وهو مكروه من قبل الشارع في البيع بعد قيام البينة ، فلا يكون ضامناً .
 (وبالجملّة) لاوجه ارجوع المشتري الى البائع فيما يغرمه المالك بأزاء المنافع ،
 لأن عمدة المستند في رجوعه اليه قاعدة التغرير ، ولا دليل عليها سوى الروايات
 الخاصة الواردة في موارد خاصة كرجوع الزوج الى المزوج او غيره في المهر اذا
 ظهرت الزوجة معيبة أو كانت أمة ولم تكن بنت ماهرة او بان كونها بنت أمة ،
 والرجوع اليه بقيمة الولد اذا بان كونها أمة ، ولا يمكن التعدي عنها ، كما ان
 اثبات الضمان بحديث لا ضرر غير ممكن خصوصاً في المنافع المستوفاة حيث لا يتضرر
 المشتري بدفع قيمة ما استوفاه غالباً .

(وأما) الاجماع المدعي في الايضاح فهو مبني على اقوائية السبب من المباشر
 وقد عرفت عدم تماميتها الا فيما اذا كان المباشر بمنزلة الآلة للسبب ، بحيث كان
 الفعل مستنداً اليه عرفاً ، كأمر الصبي او المجنون بشيء . ومن هذا القبيل المكروه ،
 فان فعله يستند الى المكروه . ومن هذا القبيل شاهد الزور ، فان الخسارة يستند اليه
 لا الى الحاكم ، لأنه بمنزلة المكروه في الحكم والقضاء ، فيكون الضمان على السبب
 لا أن قرار الضمان عليه .

(نعم) المنافع التي يرجع المالك فيه الى المشتري يمكن أن يكون على قسمين :
 لأنها تارة تكون مما استولى عليها البائع ايضاً يتبع استيلائه على العين كسكنى الدار مثلاً
 فان حيشه السكنى من منافع الدار التابعة لها في الملكية والاستيلاء ، فليستولي عليها بالاستيلاء
 على عين الدار فاذا فرضنا استيلاء البائع على الدار أولاً ثم باعها على المشتري فقد استولى
 البائع ايضاً على تلك المنفعة ، واخرى لا يكون كذلك ولم تدخل تحت استيلاء البائع اصلاً
 كالمنافع العينية التي تجددت للعين بعد دخولها تحت يد المشتري ولم تكن موجودة حين
 استيلاء البائع عليها كالثمرة واللبن ونحوهما ، فان البائع لم يستول عليها ولم يضمها .
 (أما القسم الثاني) فليس للمالك الرجوع فيه الى البائع اصلاً ، لعدم دخول

تلك المنافع تحت يده ليكون ضامنا له كما انه ليس بمختلف لها ، فاذا رجع بها المالك الى المشتري ليس له الرجوع الى البائع لعدم الدليل على ما عرفت . وأما القسم الثاني فللمالك أن يرجع الى كل من البائع والمشتري ، لأن كلا منهما ضامن لها ، فيقع الكلام في انه اذا رجع الى البائع فهل له الرجوع الى المشتري ، او اذا رجع الى المشتري فهل للمشتري أن يرجع الى البائع او ليس له ذلك ؟

(فنقول) سيأتي انشاء الله تعالى في باب تعاقب الأيادي تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد إما بنحو الواجب الكفائي وإما بنحو اشتغال ذمة الجميع وسر الضمان أن الوجه في رجوع السابق الى اللاحق بعد ما رجع اليه المالك هو أن الغاصب أو من يحكمه يملك المال بقاءً بعد اداء مثله او قيمته بالسيرة العقلانية وتسالم الأصحاب ، ولذا لو فرضنا أن احداً اتلف زولية من غيره أو تلف تحت يده فأخذ منه المالك قيمته ليس له أن يطالبه بالأجزاء الصغار الباقية منها ، خلافاً للمصنف حيث اختار جواز رجوعه اليه ، فقتضى ذلك جواز رجوع البائع الى المشتري ان رجع اليه المالك ، الا ان في المقام خصوصية ، وهي انه اذا أقدم احد طعام نفسه الذي هو ملكه حدوثاً واقعاً بعنوان انه له لياً كله مع اعتقاده انه ليس له فأكله وبعد ذلك علم انه كان ملكاً له واقعاً ليس له الرجوع الى الأكل ببذله ، وهذا موافق للسيرة ومورد تسالم الفقهاء أيضاً . وأما عكسه - اي اذا أقدم مال الأكل واقعاً اليه بعنوان انه ملكه لالاً كلاً كما اذا ذبح شاة الغير وقدمه اليه بعنوان انه له لالاً كلاً فأكله الآكل اذا علم بذلك ان يرجع الى المقدم ، وهذا أيضاً موافق للسيرة ومورد للتسالم . ولا فرق في كلا الموردين بين الملك حدوثاً وبقاءً .

(وعليه) ففيما نحن فيه اذا رجع المالك الى البائع ليس له الرجوع الى المشتري ، لأنه من قبيل من قدم ملك نفسه حدوثاً الى غيره لياً كله بعنوان انه ملكه مع اعتقاده بأنه ليس له ، بل لا فرق بينهما الا في كون المال ملكاً له حدوثاً في

الفرض وبقاءاً فيما نحن فيه ، وقد عرفت انه لا يوجب فرقاً من حيث الضمان وعدمه وأما اذا رجع المالك الى المشتري فله أن يرجع الى البائع لأنه قدم اليه مال نفسه بقاءً بعنوان انه له فيكون ضامناً له ، كما كان ضامناً في فرضه كونه مالاً له حدوداً ، فالصحيح في المقام هو التفصيل كما ذكرنا .

(ومما بيناه) ظهر الحال في المنافع المستوفاة ايضاً ، فان في مورد رجوع المشتري الى البائع في المنافع غير المستوفاة يكون الرجوع اليه في المستوفاة ثابتاً بالأولوية ، وفي مورد عدم رجوعه اليه لا يفرق بين المستوفاة وغيره كما هو ظاهر ، فما حكاه المصنف عن الرياض على اطلاقه غير تام .

(والحاصل) ان قاعدة التغير ورجوع المغرور الى من غره مما لا دليل عليها ، فاذا في المنافع التي لم يستول عليها البائع - كنتاج المبيع من صوقه او لبته او نحو ذلك - ليس للمالك ولا للمشتري اذا رجع اليه المالك الرجوع الى البائع ، وأما ما استولى عليه البائع من المنافع بتبع استيلائه على العين كسكنى الدار ، فهي نظير طعام الآكل الذي هو ملكه واقعاً فيقدمه احد اليه ليأكله بعنوان انه له لا للآكل فأكله ثم بان انه له واقعاً ، فانه يرجع الآكل اليه لأنه ائلف مال الآكل بفعله عرفاً فهو ضامن له من باب الاتلاف لا اليد ، فيثبت عليه الضمان ولو لم يدخل المال تحت يده . وهكذا اذا قدم مال شخص ثالث اليه بعنوان انه له ليأكله فأكله ثم رجع المالك الى الآكل فيأخذ منه قيمته ، فانه يملكه بقاءً وله الرجوع الى المقدم ويكون قرار الضمان عليه ، كما ان المالك اذا رجع في الفرض الى المقدم ليس له الرجوع الى الآكل ، وهذا مورد السيرة وتسالم الأصحاب ظاهرآ .

والظاهر انه لا فرق في ذلك بين العمد والاشتباه ، فاذا تخيل المقدم ان الطعام له فقدمه الى غيره فأكله ثم بان انه للآكل واقعاً يجوز له الرجوع اليه لإتلافه اياه عرفاً .

(هذا كله) في تقديم الطعام ، واما البيع فالظاهر فيه هو التفصيل بين صورة تغير البائع للمشتري وعدمه بحسب السيرة ، فاذا كان البائع عالماً بأن المبيع للغير فخذعه للمشتري ان يرجع اليه بما غرمه المالك بإزاء المنافع ، ويكون قرار الضمان عليه لأنه هو الذي اتلفها عرفاً بتقديمها للمشتري مجاناً وبلا عوض كما في تقديم طعام الغير اليه ليأكله ، وأما اذا لم يكن عالماً بالحال بل كان مشتبهاً فالظاهر عدم الرجوع اليه ، كما اذا فرضنا ان احداً تخيل ان الأرز المعين له فباعه الى شخص فقير بثمن زهيد واشترط عليه أن يأكله ارفاقاً عليه ثم ظهر انه لم يكن له بل كان مال الغير يكون قرار الضمان على المشتري الآكل ، فان رجع المالك الى الآكل اوبان كونه ملكاً للفقير نفسه واقعاً ليس له الرجوع الى البائع - فتأمل . والسيرة جارية على هذا .

(وبالجملته) فحال فساد البيع في فرض اشتداد البائع من هذه الجهة حال فساد من غير جهة كون المبيع للغير ، فكما لا يكون البائع ضامناً للمنافع منه لا يكون ضامناً لها في المقام ايضاً ، فصح ما ذكره الحدائق من حكمه بعدم الضمان في الفرض . (ثم) انه لا يفرق فيما ذكرناه بين المنافع المستوفاة وغيرها ، ففيما جاز الرجوع في غير المستوفاة جاز فيه الرجوع في المستوفاة بالأولوية ، كما انه فيما لم يجز الرجوع من المستوفاة فعلم جواز الرجوع فيه في فرض عدم الاستيفاء اوضح (وبما بيناه) ظهر الحال فيما يغرم المالك المشتري من زيادة الثمن ، فانه يرجع به الى البائع لأنه المتلف لها على المشتري ، كما ظهر الحال ايضاً فيما يأخذه المالك من البائع بأزاء الأوصاف التالفة ، من غير فرق بين وصف الصحة وبقية الأوصاف ، وتفصيل المصنف بين وصف الصحة وانها بمنزلة الأجزاء دون غيرها مما لا يقسط عليه الثمن بلاوجه ، فان وصف الصحة ايضاً لا يسقط عليها الثمن ، والأرش انما ثبت بالدليل ولذا لو فرضنا انه اشترى معيماً وكان صحيحاً في الواقع ليس للبائع ان يأخذ منه اكثر من الثمن .

(والحاصل) ان مقتضى القاعدة عدم رجوع المشتري الى البائع فيما يرجع اليه المالك مطلقاً ، لأن التلف يكون تحت يده فيكون قرار الضمان عليه ، الا اذا خرجنا عن ذلك بالسيرة فيما اذا كان في غير الثمن المسمى فيما اذا كان البائع غاراً للمشتري .

(ثم ان) رجوعه اليه انما هو فيما اذا لم يكن البيع فاسداً من جهة اخرى ، وأما اذا كان فاسداً مع قطع النظر عن كذب البائع - كما اذا فرضنا كونه ربوياً - فضمن المشتري ليس مستنداً الى كذب البائع وانما هو مستند الى يده العادية التي لم تنشأ من سبب صحيح شرعي فليس له الرجوع اليه .

(ثم ذكر) المصنف ان كلما لا يرجع به المشتري الى البائع اذا رجع اليه المالك يرجع به البائع الى المشتري اذا رجع اليه ، لأن قرار الضمان يكون عليه لأن التلف صار في يده .

(ثم) اورد على نفسه بأنه لماذا يرجع البائع في ذلك الى المشتري - اي السابق الى اللاحق - مع حصول العين في يد كل منهما ، وهي السبب للضمان ولم يحصل من اللاحق اتلاف على الفرض ليكون اتلافه موجباً لاستقرار ضمان السابق ، فبهذه المناسبة تعرض لبحث تعاقب الأيادي وذكر فيه امرين :

تعاقب الايادي

(الأول) كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد وصيرورته في عهدة أشخاص عديدة ، وأفاد في بيان ذلك ما حاصله : ان معنى ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ان يكون ذمة كل منهم مشغولة بالمال على البذل ، بحيث لو خرج واحد منهم عن ذلك سقط ذمم الجميع والا كان ذمم الجميع مشغولة ، وهذا نظير الواجب الكفائي

فكما يمكن أن يكون المطلوب واحداً والمطلوب منه متعدداً كذلك يمكن ان يكون المال واحداً وضمانه متعدداً .

ثم نظر ذلك بما ذكره العامة في ضمان الذم ، فانهم قالوا انه اذا ضمن احد ما في ذمة المديون يكون ذلك من قبيل ضم ذمة الى ذمة ، فجعلوا الضمان فيه من باب ضم ، ولكن الخاصة ذهبوا الى انه من ضمن وانه من قبيل انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى ، فعلى مسلك الجمهور يكون كل من المديون والضامن ضماناً لما في الذمة على البذل ، وهكذا ما ذكره بعض فقهاءنا في ضمان الأعيان في أحد العوضين .

(مثلاً) اذا أراد احد بيع عين ولم يكن المشتري مأموئاً من كونها له بل يحتمل ان تكون العين مسروقة فيطالب البائع بالضامن لما يدفعه اليه من الثمن اذا ظهرت العين مستحقة للغير ، فاذا ضمنه شخص يكون الثمن في عهدهما ، فيكون البائع ضماناً للثمن لليد ويكون الضامن ضماناً له بالاختيار ، وهكذا في العارية المضمونة فيما اذا لم يطمئن المعير بالمستعير فضمنه الآخر ، فان المستعير يكون ضماناً لليد والضامن بالاختيار ، وكذلك الحال في ضمان شخصين لمال واحد على سبيل الاشتراك ، بأن يكون كل منهما ضماناً لبعضه وعلى سبيل الاستقلال ايضاً ، فباب تعاقب الأيادي يكون نظير هذه الموارد .

(هذا) حاصل ما ذكره المصنف في حال المالك بالاضافة الى الضامنين . وقد اورد عليه الميرزا بما حاصله : انه لا يقاس الضمان بالوجوب الكفائي ، فان في الواجب الكفائي يكون التكليف متوجهاً الى كل واحد من المكلفين ، غاية الأمر مقيداً بعدم اتيان الباقي بما تعلق به الأمر . وأما في الضمان إن كان ضمان كل من ذوي الأيادي مقيداً ومشروطاً بعدم ضمان الباقي يكون مرجعه الى عدم ضمان الجميع كما هو ظاهر . ثم ذكر ان ضمان شخصين في باب الذم او غيرها يمكن ان يكون طوياً ، بمعنى ان الضامن يكون ضماناً للدائن ، فاذا طالبه بالمال واداه بما ان ضمانه

له كان بامر المديون يكون المديون ضامناً له ، فالضامن ضامن للدائن والمديون ضامن للضامن .

(وبالجمله) ربما يقال في تعاقب الأيادي انه كيف يمكن ان يكون الذم العديدة مشغولة بمال واحد ، ثم كيف لا يرجع اللاحق الى السابق اذا رجع اليه المالك الا اذا كان مغروراً ويرجع السابق الى اللاحق الا اذا كان غارراً له ، مع ثبوت يد كل منهما على المال ونسبة الضمان اليها على حد سواء ، والمفروض ان اللاحق لم يتلف المال ليقلل انه صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق .

(وقد أجاب المصنف) عن الأول بما حاصله : ان معنى اشتغال الذم بمال واحد أن يكون كلا منها مشغولاً للمالك على البذل ، فاذا رجع الى احدها واستوفي منه ماضمته سقط ذمة الباقي ، اذ المال الواحد ليس له الا بدل واحد ، والمفروض عدم اشتغال الذم بغير عنوان بدل التالف . وهذا نظير الواجب الكفائي .

(وقد أورد) عليه الميرزا بما حاصله الفرق بين الضمان وبين الواجب الكفائي فان في الواجب الكفائي يكون اطلاق الوجوب بالاضافة الى كل مكلف مشروطاً بعدم اتیان غيره بالواجب ، وهذا المعنى في الضمان غير ممكن ، لأن ضمان كل منهما مشروطاً بعدم ضمان الآخر مرجعه الى عدم ضمان الجميع ، فان هذا او كان ضامناً فالآخر غير ضامن وكذا العكس ، ولذا التزم « قده » في موارد الضمان بالضمان الطولي ، بمعنى ان الضامن ضامن للمالك ، والمديون ضامن لماضمته بعد ما ادى البذل الى المالك ، وكذا في تعاقب الأيادي .

(ونقول) ما ذكر فاسد بناءً ومبني : أما المبني فلان الواجب الكفائي - على ما بيناه في محله - ليس وجوباً مشروطاً ، بل هو سنخ وجوب متعلق بطبيعي المكلف نظير الواجب التخيري الذي يكون الطلب فيه متعلقاً بالجامع بين الأمرين او الأمور ، ففي الوجوب التخيري يكون الفعل كلياً وفي الكفائي يكون الفاعل

كفائياً (وذلك) لأن الملاك والمصلحة كما أنه قد تكون متحققة في الجامع ، وحينئذ يكون الأمر بخصوص حصة أو فرد دون غيره ترجيح بلا مرجح ، كذلك قد تكون قائمة بصرف وجود الفعل الصادر من طبيعي المكلف الملغى عنه الخصوصيات فتوجيه الأمر حينئذ الى أحد الأفراد دون غيره ترجيح بلا مرجح ، وتوجيه التكليف الى جميع الأفراد مستقلاً بلا مصلحة وملاك ، فلا بد وأن يتعلق الوجوب بطبيعي المكلف ، فاذا أتى أحدهم بالواجب سقط عن الجميع والا ثبت استحقاق العقاب على الجميع ، وفي الضمان ايضاً نلتزم بضمان كفائي ، بأن يكون الضمان ثابتاً على الجامع - اعني طبيعي من استولى على المال الملغى عنه الخصوصيات الفردية - لعدم الفرق بين هذه الجهة بين التكليفية والوضعية ، اذ كما يمكن ان يكون المملوك هو الطبيعي الملغى عن الخصوصيات - كما في بيع صاع من من صبرة فان المملوك حينئذ طبيعي الصاع من الصبرة من غير دخل لخصوصيات الصاع فيه - ويمكن أن يكون المالك كلياً - كما في الزكاة ونحوها ، فان مالهما كلياً الفقراء - كذلك يمكن أن يكون الضامن كلياً .

(هذا كله) في فساد المبني ، وأما البناء فلانه لو سلمنا ان الوجوب الكفائي وجوب مقيد الا انه كما ان القيد فيه عدم اتيان الباقي بذات الواجب لاعداد الوجوب على الباقي والا جرى فيه الاشكال المزبور ايضاً ، كذلك في الضمان يكون القيد لضمان كل واحد عدم خروج غيره عن عهدة المال لاعداد ضمانهم ، فيندفع الاشكال .

(فعلى) أي تقدير لامانع من ضمان اشخاص عديدة لمال واحد بنحو الواجب الكفائي ، وانما لم نلتزم به في ضمان ما في الذم لعدم الدليل ، بل لوجود الدليل على الخلاف لا الاستحالة وان نسب الى العلامة (نعم) ضمان المديون والضامن معاً للمالك عرضاً بنحو الاستقلال - بأن يكون لماله الواحد بدلان أحدهما في ذمة

المديون والآخر في ذمة الضامن - مستحيل بالمعنى الذي تقدم ، اذ ليس لمال واحد سوى البديل الواحد .

(هذا كله) في تصوير ضمان اشخاص عديدة لمال واحد ، وأما رجوع السابق الى اللاحق دون العكس فقد ذكر في وجهه امور :

(الأول) ما ذكره السيد في الحاشية ، وحاصله انه لافرق بين تلف المالم تحت يد اللاحق واتلافه له ، لأنه كما صار سبباً لثبوت الضمان على ذمة السابق في فرض الاتلاف - حيث انه لو لم يتلفه لكان يرجع المالك الى عين ماله ولهذا يرجع اليه السابق - كذلك في فرض التلف او كان اللاحق ارجع مال الغير الى مالكه ولم يحبس به الى ان يتلف لسقط اشتغال ذمة السابق للمالك ، وبما ان الرجوع ثابت في فرض الاتلاف فلا بد وان يثبت في التلف أيضاً لوحدة الملاك .

(وفيه) مضافاً الى ان الرجوع في فرض الاتلاف ايضاً قابل للمناقشة لأن ضمان السابق مستند الى يده واستيلائه وليس مسبباً عن اتلاف اللاحق (نعم) لا يبعد كونه من قبيل إيجاد ماعلق عليه الضمان ، وعلى فرض كونه سبباً له عرفاً فهو لا يوجب الرجوع الا على القول بالضمان في التسبيب ، انه فرق بين الاتلاف والتلف ، فانه في فرض الاتلاف أوجب المتلف بفعله تبديل ضمان السابق بالعين الى ضمانه بالبديل ، وهذا بخلاف صورة التلف ، اذ لم يصدر منه فعل اختياري يوجب اشتغال ذمة السابق بالبديل . ودعوى انه لو لم يحبس به ودفعه الى المالك فرغ ذمة السابق اشكال مشترك بين السابق واللاحق ، فان اللاحق أن يقول للسابق لماذا مرردته انت للمالك ليفرغ ذمتك (وبالجمله) لو سلمنا استقرار الضمان على اللاحق في فرض الاتلاف فلا موجب له في فرض التلف ، فهذا الجواب غير تام .

(الجواب الثاني) ما افاده المصنف ، وحاصله : الفرق بين الضامن الأول وغيره ، من حيث ان الضامن الأول بوضع يده على مال الغير ينتقل الى ذمته العين

بالقاء الخصوصيات الشخصية ، فهو يضمن مجرد العين الملغى عنها الخصوصيات وأما الضامن الثاني اذا استولى على العين فقد استولى على العين المضمونة بكونها ذا بدل ، وهذا بخلاف الضامن الأول فانه لم يتول الا على العين المجردة عن هذا العنوان ، فلم يضمن سوى نفس العين ، وأما الضامن الثاني فهو استولى على العين المعنونة بكونها ذات بدل ثابت في ذمة الضامن الأول ، فهو يضمن الجامع بين العين والبدل - أي احد الأمرين - نظير الواجب التخيري ، وهذا هو مراده بقوله قدس سره « فقد ضمن شيئاً له بدل » فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البديل والمبديل على سبيل البديل .

(وبالجمله) فاذا رجع المالك الى الأول سقط أحد طرفي التخير - اعني اشتغال ذمة اللاحق بالعين للمالك - اذ لا معنى لضمان اللاحق له بعد وصول ماله اليه فيتعين الطرف الآخر - اعني اشتغال ذمته بالبديل للسابق - فله الرجوع اليه ، غاية بعد ما رجع اليه المالك ودفعه اليه لاقبله . وهذا هو الفرق بين الضامن الأول وغيره . (هذا) ويرد عليه قبل كل شيء ان العين لا تعنون بكونها ذات بدل الا بعد التلف ، وأما قبله فبمجرد استيلاء الضامن الأول عليها لا تكون ذات بدل ، فنسبة كل من اليدين على المال نسبة واحدة ، ولا فرق بينها الا من حيث السبق في الزمان والمخوق ، فأولا اشتغل ذمة الضامن الأول بالمال ثم اشتغل ذمة الضامن الثاني به ، ولا اثر للسبق الزماني .

(هذا) وأورد عليه السيد في حاشيته بوجوه سبعة يمكن الجواب عن بعضها ومالادافع عنه ثلاثة ،

(احدها) ان مقتضى ذلك أن يكون الضامن اللاحق ضامناً للمالك بأحد أمرين من العين والبديل لاضمانه للضامن الأول ، فان البديل في ذمة الضامن الأول ملك للمالك ، فبدله الثابت في ذمة الضامن اللاحق ايضاً يكون ملكاً للمالك

للاضامن السابق .

(ثانيها) انه اذا فرض رجوع العين الى الضامن السابق وتلفه في يده لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق ايضا ، مع ان الأمر بالعكس . (ثم أورد) على نفسه بأن رجوع المال الى الضامن السابق يستلزم كون السابق لاحقاً واللاحق سابقاً ، فيكون السابق ضامناً لماله البديل (فأجاب عنه) بأن يده الثابتة لاتوجب الضمان ، اذ المفروض ثبوت الضمان بيده الأولي ، وهو باق بعد ولم يرتفع . (ثالثها) ان لازم ذلك جواز رجوع الضامن السابق الى اللاحق قبل دفع البديل الى المالك ، وهو أيضا كما ترى .

(هذا) وقد أورد الميرزا على السيد بما حاصله : انه لم يعبر كلام الشيخ على وفق مراده ، ثم حل « قده » كلام المصنف على الطولية ، بمعنى ان السابق ضامن للمالك واللاحق ضامن لما ضمنه ، كما في الضمان العقدي ، فان من ضمن المديون يكون هو الضامن للمالك الدائن لا المديون ، وأما المديون فهو ضامن طولاً لما ضمنه بمعنى أن الضامن بعد مادفع الدين الى مالكه له ان يرجع الى المديون بما دفعه ، لأن ضمانه كان بأمره وفي المقام كذلك .

(ونقول) ان ما افاده - وان كان ممكناً ثبوتاً ومعقولا - الا انه لا دليل عليه اثباتاً ، فان دليل الضمان في تعاقب الأيادي منحصر في اليد ، ونسبته الى السابق واللاحق واحدة ، ولا وجه لكون السابق ضامناً لللاحق واللاحق ضامناً لما ضمنه السابق ، بل مقتضى القاعدة ضمان كل منهما للمالك ، وانما التزمنا به في الضمان العقدي للدليل وهو مفقود في المقام .

(هذا) مضافاً الى ان لازم ذلك ان لا يجوز للمالك الرجوع الى الضامن اللاحق ، لأنه ليس ضامناً للمالك وانما هو ضامن للضامن السابق على الفرض ، كما في الضمان العقدي في باب الدين والذم ، وهذا مما لا يمكن الالتزام به في المقام ،

قوله (قده) : وربما يقال (١)

فالظاهر ان مراد المصنف هو الذي فهمه السيد وأورد عليه قواه « قده » :
 (١) انتهى كلامنا الى الوجه في رجوع الضامن الأول الى الثاني - اي
 السابق الى اللاحق - والتعبير بالأول والثاني نظير عنوان المعقولات الثانوية التي تعم
 الثاني وما زاد . وكيف كان قدير الوجه الأول في بيان ذلك الذي ذكره المصنف
 (الوجه الثاني) ما حكاه عن الجواهر ، وحاصله : ان من تلف المال في يده خطابه
 ذمي ، فتكون ذمته مشغولة بالبدل للمالك ، وأما غيره فخطابه تكليفي وليس له
 اشتغال ذمة بالاضافة الى المالك ، وعليه فاذا رجع المالك الى غير من تلف المال في
 يده وطلب منه البدل وجب عليه الأداء ، فاذا أداه يملك ما في ذمة من تلف المال
 في يده من مال المالك بالمعاوضة القهرية او يملك التالف كذلك ، ولا مانع من ملكية
 العين التالفة كما في الخيار اذا فسخ من له الفسخ بعد تلف العين فله الرجوع اليه ،
 وهذا بخلاف ما اذا رجع المالك بالبدل الى من تلف عنده المال ، فانه لا يمكنه
 الرجوع الى غيره لعدم اشتغال ذمته الى المالك وانما خطابه كان تكليفيا محضاً وقد
 سقط بوصول مال المالك اليه ، وبهذا فرق بين الضامن الأول والثاني .
 (وقد اورد) عليه المصنف بوجوه : تارة من حيث كون خطاب الأول
 تكليفيا وخطاب الثاني ذميا ، واخرى من حيث المعارضة القهرية ، أما ما اورده
 على الأول فأمر :

(احدها) راجع الى مقام الثبوت ، وحاصله : عدم الفرق بين الخطاب
 التكليفي والخطاب الذمي ، فان الخطاب الوضعي منتزع عنده من الخطاب التكليفي
 كوجوب اداء العين او المثل او القيمة في المقام ، وليس الخطاب الذمي بنفسه
 مجعولا مستقلا في قبال الخطاب التكليفي بل هو منتزع منه (وفيه) انه مبني على
 مسلكه « قده » الذي بينه في الاستصحاب من كون الأحكام الوضعية منتزعة من

الأحكام التكليفية ، وهو غير تام على ما بيناه في محله ، فان الخطاب التكليفي قد يثبت في مورد الخطاب الوضعي ايضا وقد لا يثبت ، كما في وجوب الانفاق على الولد ووجوب الانفاق على الزوجه بشرائطه ، فان الأول تكليفي محض ولذا لو خالف لا يثبت له الضمان ، بخلاف الثاني فانه وضعي ايضا ولذا لو خالف ولم ينفق الرجل على زوجته يكون ضامنا ومديونا له ، فهذا الوجه الراجع الى مقام الثبوت غير تام ، واما بقية الوجوه فهي راجعة الى مقام الاثبات .

(ثانيها) ان موجب الضمان لكل من الضامين ليس الا اليد ، وأما وقوع التلف في يد الثاني دون الأول فهو ليس من موجبات الضمان ، ومن الظاهر ان دليل ضمان اليد واحد ، وهو النبوي المعروف « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ، فكيف يمكن ان يكون مفاد الدليل الواحد حكما تكليفيا في مورد وخطابا ذميا في مورد آخر .

(ثالثها) انه لو قطع النظر عن كون دليل الضمان واحداً ولا يمكن ان يستفاد منه الحكم الوضعي في مورد التكليفي في مورد آخر ، الا انه لا ريب في عدم الفرق بين الأبادي من حيث الآثار ، بمعنى انه رتب اثار اشتغال الذمة على الضامن الأول من اجباره على الدفع ، وتقديم مافي ذمته على الوصية ، وجواز المصالحة على مافي ذمته الى غير ذلك ، كما رتب جميع ذلك على مافي ذمة من تلف المال عنده ، فيعرف من ذلك اشتغال ذمته كاشتغال ذمة الضامن الثاني . ثم بعد ذلك ذكر تالي فاسد آخر ، وحاصله : ان لازم ذلك عدم جواز رجوع السابق اذا رجع اليه المالك الا الى من تلف عنده المال دون غيره من الضامن اللاحق الذي لم يتلف المال في يده ، مع ان المسلم جواز رجوع كل سابق الى اللاحق مطلقا .

(هذا كله) فيما اورده عليه في دعواه ان الخطاب السابق تكليفي واللاحق ذمي (وأما ما اورده) على ما ذكره من المعاوضة القهرية الشرعية فحاصله : ان مجرد

دفع البذل ممن لم يتلف المال في يده ليس من اسباب المعاوضة شرعاً ، لامن
الأسباب القهرية كما في الارث ولا الاختيارية كما في البيع .

(هذا كله) في الوجوه الخمسة التي اوردها على الجواهر ، ونقول بناءً على
ماسلكه صاحب الجواهر من بنائه الفرق على مقدمتين ما اورده المصنف متين
خصوصاً بعضها ، إلا انه يمكن بيان الفرق بين السابق واللاحق من غير حاجة الى
المقدمة الأولى ، بأن نبني على ان الخطاب بالاضافة الى كل من السابق واللاحق
وضعي ، وكل منهما او منهم ضامن لبذل المال غايته على نحو الواجب الكفائي ،
بأن يكون البذل ثابتاً على ذمه كل من الضامين على البذل لاعتيناً فانه مستحيل ،
لأن المبدل الواحد لا يعقل أن يكون له أبدال عديدة بعنوان البدلية ، وكما يمكن أن
يكون الطلب واحداً والمتعلق متعدداً كذلك يمكن أن يكون الضمان واحداً
والضامن متعدداً (واذا ثبت ذلك) فنكتفي بالمقدمة الثانية ونقول : اذا أدى أحدهم
البذل الى المالك يملك التالف بقاءً بالمعاوضة القهرية ، كما عليه السيرة العقلانية ويشهد
لها امران :

(احدهما) ما اذا فرضنا ان احداً اتلف مال الغير حقيقة - كما اذا غصب
فرس الغير فقتله او ذبحه - فأدى الى مالكة المثل أو القيمة ليس للمالك ان يطالبه
بميتة ذاك الفرس ، بل يكون متعلق حق الدافع وليس للمالك مزاحمته في ذلك .

(ثانيهما) ما اذا فرضنا أن احداً غصب مال غيره وغصبه منه شخص ثاني
وألقاه في البحر مثلاً بحيث صار بحكم التالف ثم رجع المالك الى الغاصب الأول
فأخذ منه البذل يكون مافي البحر ملكاً له لالمالك ويجوز له تصرفه فيه ، فاذا
فرضنا ان الغاصب الثاني أخرجه من البحر لابد من ارجاعه الى الغاصب الأول
الذي دفع البذل الى المالك لا الى المالك الأول ، فالسيرة قائمة على تحقق المعاوضة
في امثال ذلك ، والمقام من هذا القليل ، فاذا ثبت ذلك يتم المقصود من رجوع

السابق الى اللاحق دون العكس .

(والحاصل) انه لا اشكال في ضمان كل من ذوي الأيادي في تعاقبها للمالك غايته على البديل بنحو الوجوب الكفائي ، فاذا رجع المالك الى احدهم فأخذ منه البديل صار بأدائه مالكا للمبدل بقاءً ، ولا مانع من اعتبار ملكية التالف فيما اذا لم يكن لغواً وترتب عليه الأثر ، وبديل على هذه المعاوضة امران :
(أحدهما) انه اذا تلف مال الغير عند شخص أو اتلفه فأدى مثله أو قيمته الى المالك لا يكون اجزاؤه الباقية ملكاً للمالك ، سواء كانت تسوى بقيمة زهيدة أو لم تكن لها قيمة اصلاً ، بل يكون بنظر العقلاء ملكاً لمن أدى العوض وليس للمالك مزاحمته فيها .

(ثانيهما) انه اذا تلف المال عرفاً لاحقيقة - كما اذا كان فصاً فألقى في البحر - فرجع المالك الى من ألقاه وأخذ بدله منه كان المال ملكاً لمن أدى البديل ، ولذا لو فرضنا أن أحداً فتح باب قفس الطير فطار فأدى قيمته الى المالك ثم قتله شخص آخر في الهواء ببندقة ونحوها كان ضامناً لمن أدى بدله لا للمالك ، والسيرة العقلانية قائمة على ذلك ولم يردع عنها ، فيعرف من ذلك ان من أدى البديل في موارد الضمان يكون هو المالك للمبدل .

(وبيان أوضح) انه لا اشكال في ان وجود كل من الفعلين في الواجب التخييري مبين لوجود الفعل الآخر ، وان كان الطلب متعلقاً بالجامع بينهما ، فالامثال انما يحصل بخصوص الفعل المأتي به لا بالجامع ، كما ان الثواب ايضاً يترتب على الفعل الخاص لا على الجامع ، وكذا في الواجب الكفائي ، فان التكليف وإن كان متعلقاً بطبيعي المكلف الا ان وجود كل مكلف مبين مع وجود الآخر ، فاذا امتثل التكليف احدهم يكون هو المثاب بخصوصه دون الطبيعي وان كان هناك أثر آخر يترتب عليه دون غيره ، كما اذا فرضنا ورد في الدليل ان من صلى على الجنائز تقبل

شهادته ، فقبول الشهادة يترتب على من صلى دون غيره من المكلفين ، وهذا جار في باب الضمان ايضاً فانه وان كان متعلقاً بالجامع الا ان الأثر المترتب على الضمان - وهو ملكية المبدل عند دفع البديل - يترتب على خصوص من خرج عن الضمان بأداء البديل دون غيره ، فاذا أدى احدهم البديل الى المالك هو يكون مالكا للمبدل بقاءً دون طبيعي الضامن ويكون نازلاً منزلة ، فله الرجوع الى من تلف المال في يده ومن كان بينه وبينه ممن وقعت أيديهم على التالف .

(ثم) بعد ثبوت ذلك وكون من أدى البديل مالكا للمبدل بقاءً فهو بمنزلة المالك ، فلماذا لا يجوز له الرجوع الى اللاحق دون السابق كما كان للمالك الرجوع اليه ايضاً بمقتضى « على اليد » ، وهو ايضاً يقتضي رجوع المالك بقاءً الى كل منهما . (وقد) ذكر السيد في وجهه ان اللاحق صار سبباً لاستقرار الضمان على السابق يحبس المال وعدم دفعه الى مالكة ، وهذا هو الذي ذكره في اصل المسألة ، وقد اجبنا عنه بأنه ممنوع صغرى وكبرى : أما الكبرى فلان التسبب لا يوجب الضمان ، وأما الصغرى فلان اللاحق ليس سبباً لضمان السابق ، وانما سبب ضمانه اليد ، واللاحق كان له ان يرفع ضمان السابق بأداء المال الى مالكة فلم يفعل ، فهو لم يرفع ضمانه لانه صار سبباً لضمانه (فالصحيح) ان الوجه في ذلك هو ان دليل الضمان هو على اليد ، وهو مغني بالأداء والغاية حاصلة بالاضافة الى السابق دون اللاحق ، فان اللاحق قد اخذ المال من السابق ، ولأخذه هذا بقاءً عند العقلاء ، ولذا لو فرضنا ان الغاصب الوسط ملك المال بالارث بقاءً لا يدفع البديل ليس له الرجوع الى السابق لأنه اداه اليه .

(وبعبارة اخرى) اللاحق اخذ من السابق ، وأما السابق فلم يستول على مال اللاحق ليكون ضامناً له ، وهذا هو السر في رجوع السابق الى اللاحق الى ان ينتهي الأمر الى من تلف المال عنده فيكون قرار الضمان عليه دون العكس .

(ثم انه هل للمالك ان يبرىء ذمة احد الضامين بحيث لا يسقط ضمان الباقي ام لا ؟ الظاهر هو الثاني ، وذلك لأنه لم يكن للمالك الا حق واحد في ذمة الجميع على البدل ، فابراؤه لواحد منهم معناه اسقاط حقه ، فلا يبقى له شيء يشتغل به ذمة الباقي ، فلا يقاس الضمان بالوجوب الكفائي حيث يمكن سقوطه عن بعض وبقلوه على غيره .

(ثم) لو سلمنا ذلك - وهذا هو المقام الثاني - وقلنا للمالك ابراء ذمة بعضهم ومع ذلك يجوز له أن يرجع الى غيره من الضامين فهل لمن ابراء ذمته ايضاً ان يرجع الى لاحقه بعد ابراء ذمته ، كما لو كان سقوط ذمته بدفع البدل ام ليس له ذلك ؟ الظاهر هو الثاني ، لأن رجوع السابق الى اللاحق انما كان لأجل صيرورته مالكا للمبدل بقاءً ، والابراء لا يوجب ذلك (نعم) له ذلك في الهبة والاعطاء وهو ظاهر .

(ثم) اذا فرضنا وجود العين غائبة وتوقف ردها على صرف مؤنة فالظاهر وجوبها على الغاصب مقدمة للرد (ودعوى) كونه ضرراً يدفع بحديث الرفع ، فاسدة لأن عدم وجوبه عليه ضرر على المالك ، فانه مستلزم لعدم وصوله الى ماله وهو ضرر عليه ، كما انه اذا تصدى المالك لتحصيله استحق من الغاصب اجرة مثل عمله لأنه فعل مسلم محرم (نعم) اذا انحصر القادر على تحصيله بالمالك وطلب من الغاصب اكثر من اجرة عمله ففي وجوبه عليه وعدمه ولحوقه بالتعذر وجوه كما في المتن .

(وبالجملة) لا اشكال في ان مؤنة رد العين تكون على الضامن ، ولا يمكن دفع وجوبه بلا ضرر ، لأن عدم وجوبها عليه مستلزم لمنع المالك عن التصرف في ماله ، وهو ضرر عليه فلا مجال لحديث لا ضرر اصلاً .

فروع

ثم ان في المقام فروعاً ثلاثة : (احدها) انه اذا انحصر القادر على رد العين بالمالك له ان يطالب الضامن بأجرة عمله لأن فعله عمل مسلم محترم فيجب على الضامن دفعها اليه . (ثانيها) انه اذا لم ينحصر القادر على رد العين في المالك هل له ان يلزم الضامن بأنه يدفع الأجرة اليه ليرده بنفسه او يكون الخيار في ذلك بيد الضامن ؟ الظاهر هو الأول لأن الناس مسلطون على اموالهم فله أن لا يرضى بتصرف غيره في ماله ولولابد (ثالثها) انه اذا طالب المالك من الضامن أكثر من اجرة مثل عمله فهل يجب على الضامن دفعه اليه اولاً ؟ الظاهر هو الثاني لحديث لا ضرر ، فان الزامه بدفع الزائد ضرر عليه ، وليس عدم وجوبه في الفرض مستلزماً لتضرر المالك ، كما كان عدم وجوب صرف مؤنة الرد على الضامن ضرراً على المالك ، بل هو عدم نفع بالقياس الى المالك ، فلا مزاحمة بين الضررين ، فيرفع وجوب دفع الزائد على الضامن بحديث لا ضرر ، وأما ماهو المعروف من ان الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فلا دليل عليه .

(ثم انه) اذا كان رد العين محتاجاً الى طول مدة فهل يؤخذ من الضامن بدل الحيلولة أولاً ؟ قد عرفت سابقاً ان بدل الحيلولة مما لا دليل عليه (وعليه) فان كان العين تالفة ولو عرفاً يرجع المالك الى الضامن ببطلها ، وان كان مجرد فوت المنفعة في تلك المدة فيرجع اليه المالك بأجرة مثل منافعها في تلك المدة ، وأما بدل الحيلولة فلا اساس له . هذا تمام الكلام في تعاقب الأيادي .

قوله (قده) : لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (١)

بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

(١) تارة يتكلم في ذلك على القول بصحة الفضولي واخرى على القول بفساده ، وتارة في فرض لحق الاجازة واخرى في فرض عدمها ، وعلى كل حال يقع الكلام في هذه المسألة في جهات :

(الأولى) في حكم البيع بالاضافة الى ما يملكه البائع من المبيع ، بناءً على القول بفساد بيع الفضولي ، وقد ادعي الاجماع على صحته ولم ينسب خلافه الى احد سوى المحقق الأردبيلي (وتفصيل المقام) انه يدخل - بناءً على فساد بيع الفضولي - في المسألة الآتية من بيع ما يملك ومالا يملك كبيع الشاة والخنزير ، فان قلنا بصحة البيع هناك فيما يملك فنقول بها في المقام أيضاً . ونقول : مايتوهم مانعاً من صحة البيع فيما يملك ليس الا امران

(احدهما) ان ما قصد انما هو بيع المجموع ، وهو لم يقع في الخارج ، فاذا وقع غيره فقد وقع مالم يقصد ، وهذا الوجه جار في المقام أيضاً ، اذ يقال ان ما قصد انما هو بيع مجموع مال نفسه مع مال غيره وهو لم يقع على الفرض ، فاذا وقع بيع مال نفسه فقط فقد وقع مالم يقصد (وفيه) ان البيع وان كان واحداً اثباتاً - اي من حيث المبرز - الا انه ينحل ثبوتاً الى بيوع عديدة بحسب اجزاء الثمن والمثمن ، كما ينحل الحكم التكليفي الى احكام عديدة بحسب افراد موضوعه في العام الاستغراقي ، غايته يكون هناك شرط ضمني وهو وصف الانضمام ، وتختلفه لايوجب البطلان وانما يوجب الخيار .

(ثانيهما) انه مستلزم للجهل بما يقع من الثمن بأزاء ما يملكه البائع ، وهو

يوجب الفساد ، وهذا أيضاً جار في المقام لأن البائع لا يعلم بما يتقسط على ماله من الثمن حين البيع في القيمي بل وفي المثلي أيضاً إذا لم يكن مقدار ماله معلوماً له تفصيلاً (وفيه) ان ما يوجب بطلان البيع انما هو الغرر - كبيع شيء بما في الكيس مع الجهل بمافيهِ - وهو مفقود فيما نحن فيه ، اذ لا يترتب على جهل البائع بالثمن خطر أصلاً ، فهو نظير مالو باع من يملك صبره من الحنطة لا يعلم مقداره كل من منه بدرهم ، فان الجهل بمقداره في هذا الفرض غير مستلزم للخطر أصلاً ، وأما مانعية الجهل بمجردة عن صحة البيع فلا دليل عليه سوى ما يدعى من الاجماع ، وهو غير شامل للمقام ، لما ذكرناه من دعوى الاجماع على صحة البيع فيما يملكه البائع في الفرض مع ان الجهل بالثمن موجود فيه .

(ومما يؤكد) ان مجرد الجهل لا يمنع صحة البيع ان لازم مانعيته فساد البيع فيما اذا باع احد مال نفسه مع مال غيره باذن منه لافضولة ، فان الجهل بما يقع بأرا ماله من الثمن موجود فيه ايضاً ، مع انه لم يستشكل احد في صحته ، فشيء من الوجهين لا يتم ، فصحة البيع فيما يملكه البائع بما يقابله من الثمن يكون على القاعدة مضافاً الى كفاية الاجماع المنقولة في صحته . ومع الغض عن جميع ذلك بكفي في الصحة رواية صفار فانها نعم المقام - فتأمل .

(هذا كله) على القول بفساد الفضولي ، وأما على القول بصحته فلا اشكال في صحة البيع اذا اجاز المالك ، وأما اذا رد بطل البيع فيما يملكه من حين حدوثه ، لأن الرد كاشف عن الفساد من اول الأمر وان قيل بالنقل في الاجازة ، فيجري بالاضافة الى ما يملكه البائع ما تقدم على القول بفساد الفضولي من الوجهين والجواب عنها ورواية صفار بأجمعها .

(ثم) انهم ذكروا أن صحة البيع في المملوك في فرض الرد انما تكون فيما اذا لم يكن الرد مستلزماً لخلل في بيع مال البائع من ازوم الربا أو عدم القدرة على

التسليم (وبعبارة أخرى) صحة البيع في مال البائع في المقام ينحصر بما اذا لم يكن لبيع مال الغير دخل في صحة بيع مال نفسه والافساده يوجب فساداه ايضاً . وقد مثلوا لزوم الربا بما اذا كان للبائع درهماً والآخر ديناراً فباعها مالك الدرهم بدرهمين ودينارين فانه يصح البيع اذا أجاز المالك ، وقد علمها الفقهاء بأن كل من الدرهم والدينار يقع بأزاء ما يخالفه من الثمن ، وأما اذا رد البيع مالك الدينار فلا محالة يقع بأزاء الدرهم اكثر من درهم فيلزم الربا .

(وأوضح) من هذا المثل ما اذا باع مالك الدرهم درهم نفسه مع دينار غيره بخمسة عشر درهم مثلاً فرد مالك الدينار فحينئذ يقع بأزاء الدرهم درهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم : فان الدينار يعادل عشرة دراهم والدرهم يعادل الدرهم والأربعة الباقية تقسط ، فجزء من احد عشر اجزائه يقع بأزاء الدرهم ايضاً ، وهو ربا يوجب الفساد (ومثلوا) للعجز عن التسليم بما اذا باع المالك عبده الآبق منضمّاً بمال غيره فرد الآخر ، فانه حينئذ يكون البيع بيع العبد الآبق من دون ضميمة ، وهو فاسد .

(ونقول) فساد البيع في الصورتين غير مستند الى الرد بل يكون الفساد ثابتاً حتى في صورة الاجازة ، وذلك لأن عدم لزوم الربا في فرض انضمام الدينار بالدرهم اذا بيع بالمثل مع الزيادة الذي هو منصوص انما هو فيما اذا كانت الضميمة ايضاً ملكاً للبائع - اي كان الدرهم والدينار كلاهما ملكاً لشخص واحد - فان دليل الربا منصرف عن مثله ، اذ لا تصدق بيع المثل بالمثل مع وجود الضميمة ، كما ان هذا هو مورد النص ، وأما اذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر وقد فرضنا انحلال البيع فيصدق بيع المثل بالمثل مع الزيادة ، فيكون رباً موجباً للفساد ، سواء رد المالك البيع الواقع على ماله ام اجازه .

وأما العبد الآبق فلان الدليل دل على فساد بيعه ، وقد خرج عنه (١) ما إذا انضم إليه شيء آخر معللاً بأنه لو فاته العبد فلا تقوته الضميمة ، فمقتضى القاعدة في بيع العبد الآبق هو الفساد ، وقد خرجنا عنها فيما إذا انضم إليه شيء من مال مالكة وأما التعدي إلى غيره - أي فيما إذا كانت الضميمة ملكاً لشخص آخر - فلا وجه له كما لا يتعدى عن صحة البيع مع الضميمة إلى صحة اجازة الآبق مع الضميمة ، والفساد في الموردين ليس من جهة الرد بل يكون لما ذكرناه .

(والحاصل) ان الصحيح هو صحة البيع فيما يملكه البائع على القاعدة على جميع التقادير والأقوال سواء قلنا بفساد الفضولي أو بصحته ، اجاز المالك ما وقع على حصته من البيع اورده ، لأن البيع - وان كان واحداً بحسب مقام الاثبات والمبرز - الا انه منحل بحسب مقام الثبوت والمبرز ، نظير انحلال العام الاستغراقي ، وان كان فرق بين الانحلالين .

(نعم) ذكروا أن فساد البيع في حصة غير البائع اذا كان مستلزماً لفساده في حصة البائع ايضاً للزوم الربا أو كون ماله عبداً آبقاً ، فسد البيع بأجمعه ، كما اذا باع دينار غيره منضمّاً بدينار نفسه بخمسة عشر درهماً مثلاً وباع العبد الآبق لنفسه منضمّاً إلى مال غيره (إلا أن قلنا) ان الفساد في هذا الفرض - وان كان ثابتاً - الا انه غير مستند إلى الرد بل من جهة كون الضميمة مال الغير ، ولذا يبطل فيه البيع مطلقاً ولو اجاز المالك (وذلك) لأن بيع المكيل أو الموزون بمثله فاسد مع الزيادة ، فاذا كان كل من الدرهم والدينار ملكاً للبائع فباعهما بدينارين لم يصدق انه باع مثلاً بمثله مع الزيادة ، لانصراف الأدلة عما اذا كان المبيع جنسين ولو كان الثمن ايضاً كذلك فلا يلزم الربا المفسد للبيع . وأما اذا فرضنا ان الضميمة كان ملكاً لغير

(١) هناك روايتان مذكورتان في الوسائل ج ١٢ ص ٢٦٢ تدلان على صحة بيع الآبق اذا انضم إليه شيء آخر فراجعهما .

البائع فالبائع انما هو بائع حقيقة لمال نفسه فانه مكلف بالوفاء بالاضافة الى العقد الذي اوقعه على ماله وليس بائعاً حقيقة لمال غيره ، اذ ليس مكلفاً بالوفاء بالاضافة اليه حتى لو أجاز المالك فهو بائع لجنس واحد بمثله مع الزيادة ، ففي المثال يكون بائعاً لدرهمه بدرهم وجزء واحد من احد عشر جزءاً من اربعة دراهم ، وهو رباً يوجب الفساد أجاز المالك او لم يجز ، وكذا الكلام في ضميمة مال الغير الى العبد الآبق . هذا كله في الجهة الأولى .

(الجهة الثانية) لا اشكال في ثبوت الخيار للمشتري بعد رد المالك اذا كان جاهلاً بالموضوع ، لأنه انما التزم بالوفاء بشرائه مشروطاً بتسليم البائع جميع المبيع اليه ، فاذا فرضنا أن البائع لم يقدر على ذلك برد المالك ثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ، وهذا بخلاف ما اذا كان عالماً بالحال ، فانه حينئذ أقدم على إلغاء الشرط فلا خيار له ، وهذا واضح .

(وأما البائع) فظاهر الشيخ تقوية ثبوت الخيار له أيضاً ، وظاهر الغنية الجزم بعده ، وايده الشيخ الأنصاري بقوله عليه السلام في صحيحة الصفار (١) « ووجب الشراء فيما يملك » ، وحمل كلام الشيخ الطوسي على فرض جهل البائع بالموضوع ، وكلام الغنية على صورة علمه بالحال (ونقول) كما يمكن ان يكون في

(١) ذكرت هذه الصحيحة في الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ واليك نصها .

« محمد بن الحسن الطوسي باسناده عن محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين « أرض نسخه بدل » فيحضره الخروج الى مكة والقرية على مراحل من منزله ، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه ، وعرف حدود القرية الأربعة فقال للشهود : إشهدوا أنني قد بعثت فلانا يعني المشتري جميع القرية التي حد منها كذا ، والثاني والثالث والرابع وانما له في هذه القرية قطاع أرضين ، فهل يصلح للمشتري ذلك وانما له بعض هذه -

في الانضمام غرض للبائع فيما اذا كانت الضميمة مال نفسه ، بحيث لا يرضى ببيع عبائه الجديد الا مقدمة لخلاصه عن عبائه العتيق الذي لا يرغب في شرائه احد كذلك يمكن ثبوتاً أن يكون للبائع غرض في ضم مال غيره في بيع مال نفسه ، بحيث لا يرضى ببيع ماله الا اذا انضم الى مال الغير وان كان هذا نادراً بخلاف الأول .

(وعليه) فاذا كان البائع جاهلاً بالموضوع واعتقد ان الضميمة ملكه ايضاً او علم بأنها للغير الا انه زعم انه وكله في بيعه فهو مأذون عن المالك فباع ماله مع مال نفسه ثم انكشف الخلاف ورد المالك ماوقع على ماله من البيع ثبت للبائع خيار تخلف الشرط ، الا انه يحتاج في مقام الاثبات الى قيام قرينة عرفية على الاشتراط .

(الجهة الثالثة) في تقسيط الثمن ، وظاهر كلام الاعلام اختصاص التقسيط بصورة الرد الا انه يجري في فرض الاجازة ايضاً ، غايته في فرض الرد يكون التقسيط بين البائع والمشتري وفي فرض الاجازة يكون بين البائع والمالك (وكيف كان) ظاهر كلماتهم في كيفية التقسيط انه يقوم كل من المالكين منفرداً ثم يقومان معاً مجتمعاً فيؤخذ لكل منهما جزء من ثمن المسمى يكون نسبته الى مجموع الثمن نسبة قيمته الى قيمة المجموع .

(وهذه) قاعدة تامة فيما اذا لم يكن لوصف الانضمام دخل في زيادة القيمة او نقصانها ولا تتم فيما اذا كان للانضمام دخل في زيادة القيمة ولذا يوجب تخلفه الخيار للمشتري ، واذا فرضنا ان لوصف الانضمام دخلاً في زيادة القيمة - كما في القرية وقد أقر له بكلها ؟ فوقع عليه السلام لا يجوز بيع ما ليس بملك ، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك » . وروى هذه الرواية الصدوق بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار . ورواها الكليني ، عن محمد بن يحيى ، عن محمد بن الحسن .

زوج فراش أو مصراعي الباب - لاحالة يكون قيمة المجموع اكثر من قيمتهما منفرداً . مثلاً : إذا قوم زوج الزيلو بثلاثين فكل منهما لايقوم الا بعشرة ، فيكون نسبة حصة المالك الى قيمة المجموع هي الثلث ، فبناءً على هذه القاعدة يرجع المشتري الى البائع بثلث ثمن المسمى ، فاذا فرضناه ستين مثلاً يرجع الى البائع بعشرين ، فيكون ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وهو اربعون في الفرض ، مع ان نسبة الثمن الى كل من المالين كانت واحدة على الفرض ، فهذا ترجيح بلا مرجح ، لأي وجه يجعل ثمن حصة البائع ثلثي الثمن وثمن حصة غيره ثلث واحد مع تساوي النسبة على الفرض ، بل لا بد وان يأخذ البائع من المشتري بالمقدار الذي يكون حصته من الثمن على تقدير الاجازة لا اكثر من ذلك .

(ومن هنا) ذهب بعضهم الى عكس ذلك ، أي الى ان البائع يرجع الى المشتري في الثمن بهذه النسبة ، ففي المثال المتقدم يأخذ من المشتري عشرين ويرد اليه الباقي - اعني الأربعين - وذلك لأن اجزاء المبيع كأنه يكون ثلاثة : هذا الزيلو ، وذاك الفرد ، والاجتماع . ويقع ثلث الثمن بأزاء كل من الاجزاء الثلاثة ، وماسلمه البائع الى المشتري ليس الا الجزء الواحد من الأجزاء الثلاثة ، وهو ملكه وحده ولم يسلم مال الغير كما لم يسلم اليه وصف الانضمام ، فلا يستحق منه الا ثلث الثمن ، ولا بد له من ارجاع ثلثي الثمن اليه .

(هذا) وفيه : (أولاً) ان الهيئة لا تقابل بالمال ، ولذا لا تباع وحدها ، بل هي توجب زيادة قيمة المادة (وثانياً) انه في فرض كون وصف الانضمام موجباً لنقصان القيمة قد يؤدي ذلك الى لزوم الجمع بين العوض والمعوض ، ومثل المصنف لهذا بما اذا بيعت الجارية وامها بثمانية مثلاً وفرضنا ان قيمة الجارية وحدها ثمانية وقيمة الام اثنان وقيمة المجموع خمسة مثلاً فان قيمة الجارية وحدها تعادل تمام الثمن ، فاذا رجع بها المشتري الى البائع لزم تملكه للجارية مجاناً وبلا عوض .

(ومن هناك) ذكر المصنف طريقاً آخر للتقسيط ، وهو تقويم كل منهما منفرداً والجمع بين القيمتين وملاحظة النسبة بين قيمة كل منهما مع مجموع القيمتين ورجوع المشتري الى البائع بنسبة ماله ، وهذا الطريق جار في جميع الصور . (وقد) اورد السيد في حاشيته على هذه الكيفية ايضاً بأنها انما تتم فيما اذا كانت القيمة الموجبة لزيادة القيمة او نقصانها بالاضافة الى كل من المالين على حد سواء ، وأما اذا كانت نسبتها الى كل منهما مختلفة فلا يتم ذلك ايضاً ، كما اذا فرضنا ان الضميمة توجب زيادة قيمة احدهما بأكثر مما يوجبه من زيادة القيمة في الآخر ، او فرضنا انها توجب الزيادة في قيمة احدهما ولا توجب الزيادة في احدهما والنقصان في الآخر ، فان جميعها فروض ممكنة ، وحينئذ لا يمكن بهذه الكيفية احراز ما وقع بأزاء كل من المالين من الثمن ، ولذا ذكر للتقسيط كيفة اخرى ، وهي : ان يقوم كل من المالين في حال انضمامه بالآخر فيجمع بين القيمتين فحينئذ يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع لاحالة ، فيؤخذ بحسب النسبة لكل منهما من الثمن ، وهذا جار في جميع الفروض . ثم ذكر انه يحتمل أن يكون هذا مراد المحقق والعلامة من قولها : يقومان جميعاً ثم يقوم احدهما - الخ .

(ونقول) ما افاده السيد هو الصحيح الجاري في جميع الموارد .

(ثم ذكر) المصنف انه لا فرق فيما ذكر من كيفية التقسيط بين ما اذا كان المالان متعددين في الوجود - بأن كانا مفرزين - او كان ملكهما مشاعاً - كما اذا بيع دار ثلثة لزيد وثلثاه لعمر - فيجري التقسيط بالكيفية المزبورة في الثاني ايضاً ، ولا يكفي تقسيط الثمن بدون ملاحظة النسبة - أي اثلاثاً - لأن المقدار القليل لا يساوي في القيمة ولا يباع بقيمة الكثير لاختلاف الرغبات في ذلك فلا بد من ملاحظة النسبة ، وهذا ايضاً ظاهر .

(ثم قال) هذا كله في القيمي ، وأما المثلي فان كانت الحصة مشاعة قسط

قوله (قده) : مسألة - لوباع من له نصف للدار نصف تلك

للكدار (١)

الثن على نفس المبيع ، اي لايحتاج الى ملاحظة النسبة في مقام التقسيط بل يقسط الثمن بحسب نسبة حصة كل منهما بالاضافة الى الآخر وان كانت حصة كل منهما معينة - اي كانت مفرزة - كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع .

(ونقول) ان كان ما افاده في القسم الأخير - اعني في المثلي المفرز - من لزوم ملاحظة النسبة والتقسيط بالكيفية المزبورة من جهة اختلاف الحصتين من حيث الجودة والرداءة ، وان كانتا مثليتين فهو وان كان صحيحاً الا انه لم يذكر ذلك في كلامه ، وان كان من جهه تفاوت الرغبات في الشراء بالقلة والكثرة فهو ممكن التصوير في فرض الاشاعة ايضاً . فلماذا خص هذا الحكم بصورة الاقرار وتعين الحصتين (وكيف كان) لم نفهم نحن كما لم يفهم غيرنا ايضاً وجهاً لما ذكره في المقام . هذا تمام الكلام في جهات هذه المسألة .

بيع من له النصف

(١) يتصور ذلك على صور ثلاثة : لأنه تارة يقصد نصفه المختص به او بيع حصة غيره او بيع نصف المجموع وهذا لا كلام فيه ، واخرى يقصد بيع مفهوم نصف الدار عرفاً أي ما يفهمه العرف من هذه العبارة ، فحينئذ يقع الكلام في ان المفهوم منها عرفاً هل هو بيع نصفه المختص او المشاع بعد الفراغ عن عدم ظهور اللفظ في بيع نصف شريكه ، وظاهر المصنف اختصاص البحث بهذه الصورة - أي بما اذا قصد انشاء مبادلة ما يفهم من هذه الجملة عرفاً - وثالثة لا يعلم انه قصد أيها منها

- اي بيع حصة شريكه او نصف نفسه او النصف المشاع - والظاهر جريان البحث على هذا التقدير ايضاً ، لأن الظهور العرفي حجة على المراد ، فاذا ثبت ظهور اللفظ الصادر من البائع في شيء يحمل عليه مراده فلا ينحصر البحث بالتقدير الثاني بل يجري على الاحتمال الثالث أيضاً .

(والحاصل) لو باع من يملك نصف الشيء - كالدار مثلاً - نصف ملك الدار فتارة يعلم من الخارج انه قصد بيع حصة شريكه او خصوص حصة نفسه او النصف المشاع ، ولا كلام في هذه الصور ، واخرى يقصد ما يفهم من اللفظ عرفاً وينصب قرينة على ذلك فرضاً ، وهذه الصورة على قسمين ، لأنه إما ان يقصد بيع ما يفهم من لفظ نصف الدار عرفاً ، وعليه لا مجال للبحث بناءً على ما ذهب اليه المصنف من ظهور النصف في النصف المشاع عرفاً ، ولذا أورد عليه السيد في الحاشية بأنه اذا علم من الخارج ان البائع قصد بيع مفهوم النصف والمفروض ظهوره في المشاع فما معنى البحث ورفع اليد عن ظهوره في المشاع ، لظهور الانشاء في البيع لنفسه دون الغير وظهور التصرف في كونه في ماله دون مال الغير ، واشكاله وارد عليه لو أراد هذا القسم ، ولكن هناك قسم ثان وهو أن يقصد بيع ما يفهم عرفاً من مجموع هذه الجملة مع ما احتفت به من القرائن ، مثل ظهور التصرف في كونه في مال نفسه وظهور الانشاء في البيع لنفسه ، وعليه لا بد من البحث وانه هل يرفع اليد عن ظهور النصف في المشاع للظهورين المزبورين او يتقدم ظهوره عليهما ؟ فذكر المصنف ان فيه احتمالان - اي في هذا القسم - ثم ابدى الفرق بينه وبين ما استدل الفخر من قول البائع بعت غائماً مع اشتراك الاسم بين عبده وعبده غيره ، حيث ثبت الاتفاق على انصرافه الى عبده ، فالمقام كذلك ، فذكر المصنف ان المبيع في المثال لم يكن له ظهور في مال الغير ، غايته كان مجعلاً فصار الظهور ان المزبوران رافعاً لاجماله ، وهذا بخلاف المقام حيث ان المبيع ظاهر

في نفسة في مال الغير ، فالقياس مع الفارق .

(وبالجمله) مورد كلام المصنف هذا القسم دون القسم الثاني ، فلا يرد عليه ايراد السيد اصلاً . فهذه اقسام ثلاثة ، ورابعة نعلم بأن البائع قصد احد الأمرين او الأمور من بيع مال نفسه او مال غير أو النصف المشاع ، الا انا لانعرف مراده الجدي ، وفي هذا القسم ايضاً يجري النزاع في تعيين ظهور اللفظ لأنه حجة على المراد الجدي ، فاذا فرض ظهوره في احدها يحمل عليه مراد البائع ايضاً لدلالة لفظه عليه ، فلا موجب لتخصيص البحث بالصورة الثالثة - كما يظهر من المصنف اصلاً .

(ثم انه) ربما يتوهم فساد البيع في الصورة الثالثة ، حيث لم يكن المبيع معيناً عند البائع ، فهو لم يقصد بيع مال نفسه ولا بيع مال غيره ، بل قصد بيع المفهوم مع اجماله عنده فيكون فاسداً (وفيه) ان نصف الدار معين خارجاً ، وقصد بيعه البائع والاجمال انما هو في المالك وان مالك النصف المبيع هل نفسه فقط او هو وشريكه ؟ وقصده غير معتبر في البيع فيما اذا كان المبيع معيناً خارجاً ولم يكن كلياً ليكون ماليته باضافته الى شخص معين .

(وكيف كان) ذكر المصنف ما حاصله ان النصف ظاهر عرفاً في النصف المشاع ، الا ان انشاء البيع ظاهر في كونه عن نفس البائع لاعن غيره ، وظاهر التصرف - اي التمليك - ايضاً ان متعلقه مال نفسه لامال غيره ، ويعارض بهما ظهور المتعلق - اعني النصف في المشاع - .

(ونقول) بناءً على كون النصف ظاهراً عرفاً في النصف المشاع لا يعارضه الظهور ان المزبور انما ظهور الانشاء في كون البيع عن نفسه فهو ممنوع فيما اذا كان المالكين معيناً في الخارج (نعم) اذا كان الثمن او الثمن كلياً كان هذا الظهور ثابتاً كما اذا قال البائع « بعتك هذا بدينار » فقال المشتري « قبلت » ثم ادعى انه قبل

الشراء عن غيره ، لم يسمع منه ذلك . وأما ظهور التصرف في كونه في مال نفسه فهو - وان لم يكن قابلاً للانكار - إما للغلبة او لغير ذلك - الا انه لايقاوم ظهور المتعلق في شيء (نعم) يمكن أن يكون رافعاً لاجماله اذا كان مجملاً كما في مثال فخر الدين ، وأما معارضته مع ظهوره فيما كان ظاهراً في شيء فلا ، ولذا لو قال البائع « بعثك اللبن » وكان اللبن مال الغير وكان له حليب مثلاً لا يحتمل معارضة ظهور اللبن في معناه مع ظهور التصرف في كونه في مال نفسه بل يؤخذ بظهور المتعلق ويسقط ظهور التصرف الى غير ذلك من الأمثلة العرفية ، فبناءً على كون النصف في نفسه ظاهراً في المشاع لا يعارضة شيء بل يحمل البيع على النصف المشاع ، الا ان كون النصف ظاهراً في ذلك أول الكلام .

(وبالجمله) بناءً على ظهور النصف في النصف المشاع بين الحصتين لابد من حمل مراد البائع في المقام بقوله « بعثك ملك نصف الدار » على المشاع بين الحصتين كما هو المعروف ، اذ لا دافع لهذا الظهور ، أما ظهور البيع في البيع عن نفسه - لأن البيع عن الغير يحتاج الى مؤنة زائدة - فهو انما يكون اذا كان المبيع كلياً دون ما اذا كان عيناً شخصياً ، اذ لا يعتبر فيه قصد البائع وتعيينه ، كما اذا باع مناً من الحنطة وكان هو مالكاً للمن منه وصاحبه ايضاً مالكاً له فانه ظاهر في البيع عن نفسه ، وأما ظهور التملك في تملك مال نفسه فهو - وان كان ثابتاً - الا انه ايضاً غير قابل لأن يعارض ظهور المتعلق في مال الغير بعد امكان بيع مال الغير مع بيع مال نفسه (نعم) اذا كان المتعلق مجملاً صلح هذا الظهور لرفع اجماله ، كما في مثال فخر الدين .

(هذا) ولكن ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ممنوع ، اذ لا وجه لهذا الظهور لامن ناحية الوضع ولا من ناحية الانصراف (نعم) ينصرف النصف الى النصف المشاع ، لأن النصف المعين كالنصف الواقع في الجهة الشرقي او الغربي

او غيره يحتاج الى مؤنة زائدة ، وأما كون النصف مملوكاً للبائع او لغيره اولهما معاً فكل ذلك خارج عن مفهوم النصف عرفاً .

(وما) ذكره السيد في حاشيته من ظهوره في المشاع بين الحصتين فهو انما يتم اذا كان النصف بلحاظ الملكية لانفس الدار كما هو ظاهر ، فان كل شيء ينقسم الى نصفين فله نصفان كما له ثلاثة اثلث واربعة ارباع وخمسة أخماس ، فظاهر نصف الدار نصفها المشاع في مقابل النصف المعين ، وأما المشاع بين الحصتين فليس لعنوان النصف ظهور فيه (وعليه) فحال نصف الدار يكون من هذه الجهة حال الغانم في المثال - أي يكون مجملاً من حيث المالك - فيكون ظهور انشاء البيع والتملك في كون متعلقه مال نفس البائع رافعاً لاجماله ، كما اذا باع مناً من الحنطة فيحتمل على بيع مال نفسه في الصورتين - اي ما اذا قصد بيع المفهوم اولم نعلم مراده الجدي - .

(وبما ذكرناه) ظهر الفرق بين بيع نصف ملك الدار واقرار احد الشريكين بأن نصف الدار لزيد مثلاً ، حيث ذكروا أنه يحتمل على المشاع بين الحصتين ، فيكون نافذاً في نصف حصة المقر وهو ربع الدار ، فان الإقرار لإخبار وليس تصرفاً ليكون ظاهراً في كونه في مال نفسه دون مال غيره ، فيكون النصف مجملاً من هذه الجهة ، فيؤخذ فيه بالقدر المتيقن وهو نصف حصته .

وأما مسألة الطلاق فهي نظير البيع ، فانهم ذكروا أن الزوج لو أصدق زوجته نصف عين - كالدار مثلاً - فوهبت نصفها المشاع لشخص ثم طلقها الزوج قبل الدخول استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لانصفه وقيمة النصف الموهب فالنصف في الفرض يحتمل على النصف المختص بها لا المشاع بين حصتها وبين ما يكون لزوجها بعد الطلاق .

وأما مسألة الصلح فإذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب

مشارك بينهما - كالارث في أخوين مثلاً - فصالحه المقر له على ذلك النصف فانهم ذكروا أن النصف كان مشاعاً بينهما فحمل فيها النصف على المشاع بين الحصتين فلا منافاة بينهما وبين المقام ، حيث ان اعتراف ذي اليد انما هو اعتراف بالربع لكل منهما لا اشتراكهما في السبب كما هو المفروض ، فلا مناص من كون المبيع هو المشاع بين الحصتين ، فيحتاج في نصفه الى اجازة المدعي الآخر . والعجب من المصنف كيف جعل هذه المسألة منافية لما ذكروه .

(وبالجمل) اذا باع من يملك نصف الدار نصفه فظاهر النصف هو المشاع وأما من حيث كونه مشاعاً بين الحصتين فلا ظهور له ، فيكون نظير « بعثك غانماً » فظهور التصرف في كونه في مال نفسه يرفع اجماله ويوجب اختصاصه بحصة نفسه وأما على ماسلكه المصنف « ره » من ظهوره في النصف المشاع بين الحصتين ففيه احتمالان لتعارض الظهورين كما في المتن .

وأما مسألة الاقرار فليس للاخبار ظهور في انه يعترف في خصوص حصته فاذا كان نافذاً في حق شريك المقر أيضاً اخذ به وحمل النصف على المشاع بين الحصتين ، وحيث لا يكون نافذاً الا في حصة نفسه فيؤخذ به في الربع المختص به . وأما الطلاق فهو نظير مانحن فيه ، فان الزوج بطلاقه قبل الدخول يملك نصف صداق المرأة بملكية جديدة ، كما في البيع والشراء ، غايته من دون رضا الزوجة ، فاذا فرضنا أنها قد أخرجت نصفه عن ملكها بمصالحة او شراء ونحوه انتقل النصف الباقي الى الزوج لاحالة .

وأما مسألة الصالح والاقرار فقتضى اقرار من بيده المال لأحد المدعين المشتركين في سبب الملكية بالنصف واقرار المقر له باشتراك المدعي الآخر معه في المال أن يكون النصف المقر به مشتركاً بينهما ، فيكون الصالح الواقع عليه نافذاً في الربع ومراعي على اجازة المدعي الآخر في الربع الآخر . وأما لو أقر أحد الرجلين

الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين - بأن ثلثها لشخص ثالث - فان اقر الشريك الآخر ايضاً يقسم العين بينهم اثلاثاً ، وان انكر فالمعروف أن المقر يدفع الى المقر له نصف ما في يده .

(وربما يقال) بأن المقر لا يدفع الى المقر له الاسدس ما في يده ، وأما السدس الآخر فقد تلف منه بانكار الشريك الآخر ، ودفع النصف اليه لوجه له (وفيه) أن هذا إنما يتم في المال المقرز ، فان معنى اقرار احد الشريكين حينئذ ان للمقر له مما بيده السدس وله فيما بيد شريكه ايضاً ، وأما في المشاع فلا يتم ذلك ، لأنه ما يأخذه المنكر - وان كان بحكم الشارع عملاً باليد - الا انه نظير ما اذا أخذ الغاصب عدواناً يحتسب على كل من المقر والمقر له ، لأن نسبته اليهما على حد سواء ، فالسدس الزائد عند المنكر الذي هو بحكم التالف يحتسب نصفه على المقر ونصفه الآخر على المقر له ، ولا وجه لاحتساب جميعه عليه (نعم) لو قلنا بصحة التقسيم مع الغاصب ومن بحكمه تمحض ما يأخذه الغاصب في حصة المغصوب منه - أعني المقر له دون المقر - .

(وأما) اقرار احد الشريكين في الارث بالنسب لشخص - كما اذا كان هناك اخوان وارثان من والدهما فأقر احدهما بأن زيداً ايضاً اخوهما - فقد ذكروا فيه انه لو انكر الآخر دفع المقر الى المقر له المقدار الزائد عما يستحقه باعتقاده ، ولا يجب عليه التنصيف فيحسب جميع الخسارة - اي ما يأخذه المنكر زائداً عن حقه على المقر له دون المقر - .

والظاهر عدم الفرق بين الإقرار بالنسب وبين ما نحن فيه من حيث القاعدة اصلاً ، بل القاعدة في الإقرار بالنسب تقتضي التنصيف ايضاً لما بيناه ، الا أن الفارق بينهما انما هو النص ، فقد ورد فيه أن المقر من الورثة لو كان متعدداً وكانا عدلين نفذ اقرارهما على سائر الورثة ايضاً لكونه بينة شرعية ، والا فيلزم المقر

منهم في حقه .

وهذا هو مدرك التفصيل ، وضعف الروايات منجبر بعمل المشهور على مسلكهم ، ولكن الصحيح عدم تماميتها سنداً ودلالة : أما سنداً فواضح ، وأما دلالة فلانه لم يبين فيها مقدار ما يلزم المقر في حقه ، فالظاهر عدم الفرق بين ما إذا كان التلف من جهة اليد - كما في الفرض السابق - او من جهة الإنكار كما في الاقرار بالنسب ، فلا بد من التنصيف واحتساب التالف على كل من المقر والمقر له مطلقاً وان فرق بينهما السيد في الحاشية .

(وبالجملة) مقتضى القاعدة في اقرار احد الشريكين بالثلث وإنكار الآخر أن ينصف المقر حصته مع المقر له ، لأن مرجع اقراره الى تساوي نسبة المال الى كل من الشركاء الثلاثة بحسب اقراره ، فيحسب المقدار التالف بإنكار المنكر عليها معاً ، وكذا الحال في اقرار احد الوارثين بالنسب ، لما عرفت من ضعف الأخبار الواردة فيه سنداً ودلالة .

(وأما) ما ذكره في الجواهر - على ما حكاه السيد - من الفرق بين الموردين من انه في الفرض الأول انما يأخذ زائداً عن حقه مستنداً الى اليد التي هي حجة شرعاً وفي نسبتها الى كل من المقر والمقر له على حد سواء ، فيكون التلف بحكم الشارع فيسقط التالف عليها . وأما في إنكار النسب فالمستند لأخذ المنكر للمقدار الزائد ليس الا إنكاره لحصة المقر له ، فهو يختص به دون المقر .

(ونقول) لم نفهم واقع مراده ، فان الأخذ في الفرض الثاني أيضاً مستند الى حكم الشارع للإنكار وموافقته للأصل ، ونسبته الى كل منهما على حد سواء كما في الفرض الأول - فتأمل .

(وأما) ما أورده الميرزا « ره » على التنصيف في الفرض الأول من ان المقر لا يعترف إلا بأن ثلث ما يأخذه للمقر له وثلث حصة شريكه له أيضاً ، فهو

لا يعترف في حصة نفسه الا بالثلث ، فلا وجه لدفع نصف ما يأخذه اليه اصلاً ، فهو الذي فطن اليه المصنف ، واجاب عنه بما حاصله : انه انما يتم في المقرز ، كما اذا فرض ان الجانب الشرقي من الباب لزيد وجانبه الغربي لعمر و فاعترف احدهما بثلث مجموع الدار لبكر فان مرجعه الى ان له الثلث من حصته والثلث من حصة شريكه ، فما ان اقراره غير معتبر في حق غيره فيؤخذ منه ثلث حصته فقط لانصفه وأما في المشاع فلا يتم ذلك ، لأن كل جزء من المال حينئذ مشترك بين الثلاثة بحسب اقرار المقر ، فلا بد له في تقسيم ما في يده أن يكون برضاه ودفع نصفه اليه واحتساب ماتلف بانكار المنكر عليها ، وهذا هو السر في التنصيف الذي هو مركز كلام المصنف ، فان كان للميرزا كلام فليتكلم في هذا المورد ، فالصحيح هو تنصيف ما للمقر مع المقر له في الموردين .

(هذا كله) فيما اذا باع من يملك نصف الدار نصفها في فرض كون الدار مشاعاً بينهما وأما في فرض الافراز فالظاهر حمل النصف على نصفه المختص أيضاً ، لأن النصف كلي يعم النصف المقرز أيضاً ، فيكون ظهور التصرف رافعاً لاجماله . (هذا كله) اذا كان البائع أجنبياً عن حصة شريكه ، وأما اذا كان وليه او مأذوناً عنه في البيع فباع نصف الدار فهل يحمل على الاشاعة او النصف المختص به ؟ ذكر المصنف فيه وجهين - بناءً على ظهور النصف في المشاع بين الحصتين - مبينين على ان المعارض لهذا الظهور هل هو ظهور التصرف في كونه في مال المتصرف فيه او ظهور الانشاء في الأصالة ؟ فان الأول يعارض ظهور النصف في الفرض بخلاف الثاني الا أنه يتقدم عليه ظهور النصف في المشاع بين الحصتين لورود ظهور المقيّد على ظهور المطلق .

(ونقول) الظاهر عدم ثبوت المعارض لظهور النصف رأساً : أما ظهور التصرف فواضح ، وأما ظهور الانشاء في الأصالة فلما عرفت من انه ليس للانشاء

قوله (قد) : مسألة - لوباع ما يقبل التملك وما لا يقبله (١)

هذا الظهور اذا كان متعلقه ظاهراً في مال الغير ، الآن الصحيح - كما عرفت - عدم ظهور النصف في نفسه في المشاع بين الحصتين لا وضعاً ولا انصرافاً (نعم) ظهوره في الاشاعة انصرافاً ، لأن المفرز محتاج الى مؤنة زائدة غير بعيد ، فالصحيح هو حمل النصف على حصة نفسه في جميع الفروض الا فيما اذا نصب قرينة على الاشاعة بين الحصتين او خصوص حصّة شريكه فيحمل عليها .

بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله

(١) لا ينبغي الرب في انحلال البيع الواحد انشاءً الى ببيع عديدة بحسب مالكل من المبيع والتمن من الأجزاء كل جزء من المبيع بما يخصه من الثمن وان كان الانشاء واحداً ، فاذا باع عشرة امان من الحنطة بعشرة دنانير فقد باع كل من منها بدينار واحد ، غاية الأمر بشرط الانضمام ، واذا باع الشاة والخنزير صفقة واحدة فقد باع الشاة حقيقة بما يخصه من الثمن وباع الخنزير أيضاً كذلك ، فيعم العمومات بيع ما يملك - أي الشاة في المثال - وان لم يعم بيع ما لا يملك كالخمر والخنزير ، فصحة البيع فيما يملك على القاعدة .

ويدل عليها ايضاً رواية الصفار المتقدمة (١) وقوله عليه السلام فيها « وجب الشراء من البائع على ما يملك » ، فان موردها - وان كان فساد البيع في جزء من المبيع من جهة عدم اجازة المالك ، وفي المقام الفساد من جهة عدم قابلية جزء المبيع للتملك - الا انه يستفاد منها قابلية البيع الواحد صورة للتبعض والصحة في جزء من المبيع وعدمها في الجزء الآخر ، فقتضى العمومات والرواية الخاصة صحة البيع فيما يملك ، الا انه قد استشكل فيها من وجوه :

(الأول) ماتقدم عن الشافعي من ان البيع الواحد لا يمكن ان يتصف بالصحة والفساد معاً ، فاذا لم يمكن صحة البيع في تمام المبيع لا بد وان يكون فاسداً في تمامه (وفيه) ماتقدم من ان البيع انما هو واحد بحسب الابرار والا فالمرز بيوع عديدة ، فلا مانع من الصحة في البعض والفساد في البعض الآخر .

(الثاني) ان التراضي انما وقع على بيع المجموع والمفروض ان الشارع لم يميزه وما يكون ممضي - على تقدير تحققه - انما هو بيع خصوص ما يملك ولم يقع عليه التراضي (وفيه) انه بناءً على الانحلال كما ان التراضي وقع على المجموع وقع على كل جزء ايضاً ، فلا مانع من شمول الأدلة لبيع جزء دون آخر .

(الثالث) ان الشرط اذا كان فاسداً فهو مفسد للعقد ، لأجل ان ما وقع عليه التراضي هو البيع المشروط ، والمفروض ان الشارع لم يميزه ، والبيع بدون الشرط لم يتعلق به التراضي . وقد أورد عليه المرزا بالفرق بين فساد الجزء وفساد الشرط (ونقول) لو قلنا بأن الشرط الفاسد مفسد وكان ذلك على القاعدة بالبيان المتقدم جرى في فساد الجزء ايضاً ، لأن بيع ما يملك في الفرض مشروط بالانضمام بما لا يملك ، وهذا الشرط فاسد ، فاذا كان مفسداً اوجب فساد البيع كبقية الشرائط الفاسدة . الا ان الذي يسهل الخطب عدم كون الشرط الفاسد مفسداً على ما نبينه انشاء الله تعالى في محله ، فهذا الوجه ايضاً ساقط .

(الرابع) انه مستلزم للجهل بالبائع بالثمن وهو يوجب الفساد (وفيه) ان الجهل اذا كان مستلزماً للغرر فهو موجب للفساد مطلقاً ، لقوله عليه السلام « نهى النبي عن بيع الغرر أو عن الغرر » كما في مرسلة العلامة ، وأما مجرد الجهالة فدليل مبطلية الاجماع ، ولا اجماع على ذلك في المقام لذهاب كثير من الأصحاب الى صحة البيع فيما يملك (وبعبارة اخرى) الجهالة التي توجب فساد البيع هو الجهل بالثمن في العقد ، وأما اذا كان الثمن المذكور في العقد معلوماً وكان الجهل من حيث

امضاء الشارع وانه يمضي البيع شرعاً في أي مقدار من الثمن فلا دليل على كونه مفسداً للبيع .

ومما ذكرناه ظهر فساد التفصيل بين صورتي علم المشتري وجهله بالحال ، كما ظهر أيضاً فساد ماتوهم من وقوع مجموع الثمن في مقابل ما يملك في فرض علم المشتري بأن بعض المبيع مما لا يملك لاقدامه على بذل تمامه بأزاء ما يملك ، فان مقتضى الانحلال خلافه وانه انما اقدم على شراء كل من الجزئين بما يخصه من الثمن لا اكثر (نعم) لوسلطة على تمام الثمن مع علمه بفساد البيع فيما لا يملك كان التسليط موجباً لتملك البائع لتمامه ، بناءً على ان التسليط الحجابي يوجب ارتفاع الضمان وهو غير تام كما تقدم ، فالحق صحة البيع فيما يملك بما يقابله من الثمن .

(بقي الكلام) في كيفية تقسيط الثمن ، واختار فيها - على ماتقدم - ان يقدم كل من الجزئين بشرط انضمامه مع الآخر ثم يجمع بين القيمتين ، وطبعاً يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع ، فيرجع المشتري الى البائع في الثمن بحسب النسبة . وقد ذكر المصنف في طريق معرفة قيمة غير المملوك انه ان كان حراً يفرض عبداً بصفاته فيقوم ، وان كان خمرأً أو خنزيراً يقوم عند من يراه مالا . ثم ذكر انه يشكل تقويم الخمر والخنزير بضميمتها اذا بيع الخنزير بعنوان انه شاة والخمر بعنوان انه خمر ، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمها قيمة الخمر والشاة كالخمر (وبالجمل) استشكل المصنف في تقويم مالا يملك بعنوانه فيما اذا بيع بغير عنوانه الواقعي كما اذا تحبل المشتري ان كلا الحيوانين شاة فاشترهما فبان كون أحدهما خنزيراً .

(وأورد) عليه الميرزا بما حاصله : انه لا بد من تقويمه بعنوانه الواقعي في هذا الفرض ايضاً ، وذلك لأن ما وقع عليه البيع انما هو الموجود الخارج عن العنوان بعنوانه الواقعي ، وتوهم انطباق عنوان آخر عليه وقصده لا يوجب كون المبيع

عنوانا آخر غير ماهو الموجود في الخارج (وفيه) ان ما افاده انما يتم فيما اذا فرض صحة البيع ، فانه يكون المبيع حينئذ نفس الموجود الخارجي بماله من العنوان الواقعي ، ولا يلزم البائع بايجاد ذلك العنوان المتوهم في المبيع ، لأن ما وقع عليه العقد هو الموجود الخارجي لا العنوان ، وأما اذا فرض فساد البيع في ذلك المورد وأريد استرجاع ما يقابله من الثمن فلا بد من تقويمه بالعنوان الذي وقع عليه البيع .

(وبعبارة اخرى) في فرض فساد البيع بالقياس اليه يكون الغرض من التقويم استكشاف قيمة الجزء الآخر من المبيع وما وقع بأزائه من الثمن بحسب بناء المتعاملين وقصدهما ، فلا بد وان يقوم كل من الجزئين بعد فرضه معنونا بالعنوان المقصود ، ولا وجه لتقويمه بماله من العنوان الواقعي ، فانه ربما يزيد قيمته بعنوانه الواقعي على قيمته بما تخيل له من العنوان ، فيكون ما يرجع به المشتري الى البائع من الثمن اكثر مما يستحقه منه ، فيكون ظلما على البائع ، واذا انعكس انعكس .

(والحاصل) الغرض من التقويم ليس الا تعيين ما وقع بأزاء ما يملك من الثمن بحسب قصد المتعاملين ، ولا يتعين ذلك الا بتقويم ما لا يملك بما قصد فيه من العنوان لا بعنوانه الواقعي .

(فتحصل) ان الصحيح في بيع ما يملك وما لا يملك هو صحة البيع فيما يملك وفساده فيما لا يملك بما يقابله من الثمن . هذا فيما اذا كان ما لا يملك مالا عرفياً ، وأما اذا لم يكن من الأموال العرفية - كما اذا بيع شاة وخنفساء صفقة واحدة - فان الخنفساء ايس لها قيمة اصلاً ، فلا يجري فيه ما ذكرناه من التقسيط وصحة البيع في بعض المبيع وفساده في البعض الآخر ، بل يلزم من القول بصحة البيع فيما يملك منه وقوع تمام الثمن بأزائه ، اذ لا قيمة للجزء الآخر ، وهو خلف ، اذ المفروض انه جزء من المبيع وقد وقع بأزائه شيء من الثمن ، فلا بد من الحكم ببطلان البيع رأساً لعدم تعيين ثمن لما يملك واقعاً ، وهو يوجب بطلان البيع .

الفهرست

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
	للملك .	٨ -	تعريف البيع .
٤٨ -	الاستدلال بآية . أحل الله البيع لإفادة المعاطة للملك .	١٠ -	هل يختص المعوض بالعين ؟
٥١ -	التمسك بآية التجارة عن تراض . ورواية تسلط الناس على اموالهم في افادة المعاطة للملك .	١٤ -	إجارة الثمر على الشجر .
٥٢ -	هل تستلزم المعاطة على القول بالاباحة تأسيس قواعد جديدة ؟	١٥ -	هل يجوز كون المنفعة عوضاً ؟
٥٣ -	استلزام المعاطة على القول بالاباحة وقوع مالم يقصد .	١٦ -	هل يكون عمل الحر مملوكاً ؟
٥٨ -	هل يجوز مطالبة العين من الغاصب لكل من المالك والمعطى له قبل التلف ؟	١٨ -	الحقوق وقابليتها للمعاوضة بالمال .
٥٩ -	هل يكون النماء بحكم الأصل ؟	٢٢ -	حكم الشك في قابلية الحق للاسقاط والنقل .
٥٩ -	هل الأصل في المعاطة الزوم او الجواز ؟	٢٤ -	هل تكون للفظ المبيع حقيقة شرعية
٦٠ -	الجهة الاولى ، في البحث عن أن استصحاب الملك في المقام كلى	٢٥ -	الفرق بين الانشاء والاختبار .
		٢٧ -	المناقشة في تعريف البيع .
		٣٩ -	هل تكون الفاظ المعاملات موضوعة للصحة منها ؟
		٤٣ -	حقيقة المعاطة .
		٤٥ -	هل تشمل أدلة البيع المعاطة ؟
		٤٦ -	هل تفيد المعاطة الملك ؟
		٤٧ -	أدلة اعادة المعاطة للملك ومناقشتها
		٤٧ -	التمسك بالسيرة على افادة المعاطة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٦١	الجهة الثانية في جريان الاستصحاب	٧٤	تنبيهات . الأول منها يشتمل على
	المذكور على تقدير كونه كلياً :		مسألتين . أحدهما في جريان شروط
٦٢	الجهة الثالثة في الوظيفة العملية إذا		صححة البيع في المعاطاة . والثاني في
	شك في جريان الأصل المذكور :		جريان احكام البيع فيها .
٦٣	توجيه المحقق النائيني في المقام .	٧٥	المقام الأول من المسألة الأولى ، في
٦٥	الوجه الثاني مما استدل به على لزوم		اعتبار شروط صححة البيع في المعاطاة
	المعاطاة وانه غير مترزل .		المقصود بها اباحة التصرف .
٦٦	الوجه الثالث على ان الأصل في	٧٦	المقام الثاني والثالث في اعتبار
	المعاطاة هو اللزوم .		شروط الصححة في المعاطاة المقصود
٦٧	الاستدلال بآية اوفوا بالعقود		بها الملك ، على فرض كون المترتب
	ورواية المؤمنون عند شروطهم على		عليها هو الملك المترزل . وعلى
	لزوم المعاطاة .		فرض كون المترتب عليها اباحة
			التصرف .
٦٨	الاستدلال بقوله (ع) : البيعان	٧٧	التفصيل بين الشرط المنصوص
	بالتخييار ما لم يفترقا على لزوم المعاطاة		والثابت اعتباره بدليل لي .
٦٨	قيام الاجماع او الشهرة على الجواز	٧٨	المسئلة الثانية من التنبيه الأول
٦٩	هل يكتفى في اللزوم بمطلق اللفظ .		وتنصيل الكلام في جهات الخيار
٧٠	سيرة المشرعة على جواز المعاطاة		في المعاطاة في مقامات ثلاث .
	وعدم لزومه .	٨٠	التنبيه الثاني وتفصيل الكلام فيه في
٧٠	الكلام في رواية إنما يحلل الكلام		مقامات ثلاث .
	ويحرم الكلام .	٨٢	القسم الثالث من المعاطاة والتمثيل له
٧٢	الوجوه المحتملة في الرواية المذكورة	٨٣	القسم الرابع من المعاطاة .

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٨٣	- التنبيه الثالث ، في تمييز البائع من المشتري .	١١٤	- التنبيه الثامن .
٨٥	- التنبيه الرابع ، في صور ما يقصدانه المتعاطيان .	١١٥	- الكلام في شروط الصيغة .
٨٩	- العتق عن الغير .	١١٩	- حكم البيع بالالفاظ المجازية والكنائية
٩٥	- العقد المركب من الاباحة والتملك هل يكون صحيحاً اولاً . وعلى تقدير صحته هل هو من العقود اللازمة او الجائزة او لاهذا ولا ذلك ، بل هو مركب من الجواز واللزوم .	١٢٠	- الفاظ الانشاء .
٩٦	- التنبيه الخامس ، في جريان المعاطاة في غير البيع من العقود .	١٢٣	- الفاظ القبول .
٩٩	- جريان المعاطاة في الهبة والقرض .	١٢٥	- اعتبار العربية .
١٠١	- التنبيه السادس ، في ملزمات المعاطاة	١٢٧	- اعتبار الماضوية .
١٠٢	- هل يكون تلف العينين ملزماً ؟	١٢٨	- اعتبار تقديم الايجاب على القبول .
١٠٤	- حكم تلف العينين على القول بالاباحة	١٣٢	- اعتبار المولاة في العقد .
١٠٧	- حكم المعاطاة ، بعد نقل احد العينين بعقد لازم .	١٣٤	- اعتبار التنجيز في العقد .
١٠٨	- حكم مالو باع العين ثالث فضولا .	١٣٧	- الوجه الثاني والثالث وجوه مبطلية التعليق .
١١٠	- حكم مالو امتزجت العينان .	١٣٩	- من جملة الشروط التطابق .
١١١	- حكم المعاطاة بعد التصرف في العين	١٤١	- النقض بجواز لحوق الرضا لبيع المكره .
١١٢	- التنبيه السابع ،	١٤٢	- اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة
		١٤٥	- المقبوض بالعقد الفاسد .
		١٤٩	- المدرك لقاعدة مايضمن بصحيحة .
		١٥١	- الاستدلال بخبر على اليد على القاعدة المذكورة .
		١٥٢	- الاستدلال برواية . لايحل مال امرء الا عن طيب نفسه ، على القاعدة

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
	بل تعم غيرها من العقود ايضاً .		المذكورة .
١٦٥ -	الجهة الثالثة : في وجوب رد المبيع فاسداً وحرمة الامساك .	١٥٣ -	الاستدلال بدليل حرمة مال المسلم ودليل نفي الضرر .
١٦٧ -	الجهة الرابعة : هل تكون مؤنة الرد على المالك ؟	١٥٤ -	التفصيل بين جهل الدافع بالفساد وعدمه في الضمان وعدمه .
١٦٩ -	حديث اخراج بالضمان .	١٥٦ -	وجه عدم الضمان في عكس القاعدة المذكورة .
١٧٠ -	الاستدلال على الحديث المذكور برواية على اليد ما أخذت حتى تؤدي .	١٥٨ -	الاشكال على اطراد القاعدة بالصيد الذي استعاره المحرم وتوجيهه المصنف - ره - له على نحو لا يكون نقضاً .
١٧٣ -	الاستدلال بدليل حرمة مال المسلم على الحديث المذكور .	١٦٠ -	النقض على القاعدة ايضاً بالمبيع الفاسد بالنسبة الى المنافع غير المستوفاة .
١٧٥ -	الاستدلال بدليل حرمة التصرف في مال الغير على ذلك .	١٦١ -	النقض على القاعدة بحمل المبيع فاسداً ، وبالشركة الفاسدة .
١٧٧ -	العمدة من الأدلة الدالة على ذلك .	١٦٣ -	وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد وتفصيل الكلام فيه في جهات .
١٨٣ -	حكم المنافع الفائتة بغير استيفاء .	١٦٤ -	الجهة الاولى : في حرمة التصرف في المقبوض .
١٨٤ -	الضمان بالمثل والقيمة .	١٦٥ -	الجهة الثانية : في عدم اختصاص حرمة التصرف بالمعاوضات الفاسدة
١٨٦ -	ما عرف به المثل .		
١٨٩ -	اختلاف التالف والمثل في القيمة .		
١٩٠ -	سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية		
١٩١ -	اذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل .		
١٩٢ -	لوتعذر المثل في المثل .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
١٩٣	- المراد باعواز المثل .	٢٤٧	- هل يعتبر في الاكراه كون الضرر المترتب من قبل الأمر ؟
٢٩٥	- لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً .	٢٤٧	- هل يعتبر في الاكراه الظن بالضرر
١٩٦	- تعيين القيمة .	٢٤٨	- التورية واعتبار عدمها في صدق الاكراه .
٢٠٠	- البحث حول رواية أبي ولاد .	٢٥٢	- الاكراه على واحد غير معين .
٢٠٣	- الاستدلال على وجوب دفع أعلى القيم	٢٥٤	- صور الاكراه على الجامع .
٢٠٧	- بدل الحيلولة والاستدلال عليه	٢٥٧	- الاكراه على الجامع بين الافراد الطولية .
	بامور أربعة .	٢٥٩	- اكراه احد الشخصين او الاشخاص
٢١٠	- فروع ترتب على بدل الحيلولة .	٢٦٣	- الاكراه على واحد غير معين .
٢١٤	- موجبات الضمان .	٢٦٧	- الاكراه على الطلاق وأقسامه .
٢٢٧	- هل يجب على المالك دفع الغرامة إلى الضامن بمجرد تمكنه من تحصيل العين .	٢٦٩	- هل يصح العقد لو رضى المكره على ما فعله ؟
٢١٨	- شروط المتعاقدين .	٢٧١	- ما استدل به المصنف « ره » على صحة بيع المكره بعد لحوق الرضا والمناقشة فيه .
٢١٨	- الكلام في مطلق أفعال الصبي :	٢٧٤	- هل يكون الرضا المتأخر ناقلاً او يكون كاشفاً ؟
٢٢١	- معاملات الصبي بالمعنى الأعم .	٢٧٦	- اشتراط اذن السيد في بيع العبد .
٢٢٩	- البحث في التقاط الصبي وحيازته .	٢٧٨	- هل يتفد تصرف العبد اذا لحقته لإجازة السيد .
٢٣١	- قصد المتعاقدين اللفظ والمعنى .		
٢٣٤	- هل يعتبر تعيين المالكين ؟		
٢٣٨	- هل يعتبر تعيين الموجب لخصوص المشتري ؟		
٢٤٠	- الاختيار والاكراه .		
٢٤٤	- استنراك .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٢٨٥	فذلركة البحث .	٣٢٩	بيع الفضولي لنفسه .
٢٨٦	حكم شراء العبد نفسه من مولاه .	٣٣٣	بيع الفضولي في الذمة .
٢٨٧	اشتراط كون المتعاقدين مأذونين او مالكين .	٣٣٧	جريان المعاطات في الفضولي .
٢٩٣	الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع في الاجازة .	٣٤٠	الكلام في الاجازة وبيان أقسامها .
٢٩٥	بيع الفضولي للمالك .	٣٤٢	استدلال الشهيد والمحقق الثانيين على الكشف ، وما أورده المصنف عليه والجواب عنه .
٢٩٧	الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس وما يرد عليه .	٢٤٥	المختار في المسئلة والذب عما أورده عليه .
٣٠٢	الاستدلال باخبار لإباحة الخمس للشيعه .	٣٤٩	ثمرات المسألة .
٣٠٥	أهمية النكاح من سائر المعاملات .	٣٥٧	الثمرة بين الكشف والنقل من حيث النماء .
٣٠٧	التمسك باخبار المضاربة .	٣٥٨	الثمرة بين الكشف بإحاط فسخ الأصل .
٣١٠	التمسك باخبار الاتجار بمال اليتيم .	٣٦٣	الكلام في النذر تبعاً للمصنف .
٣١١	الاستدلال بروايا ابن الأشيم .	٣٦٦	ماعده بعض المتأخرين من ثمرات الكشف والنقل .
٣١٤	التأييد بصحيفة الحلبي .	٣٧٥	ظهور الثمرة في الاحكام .
٣١٨	احتجاج النافين لصحة الفضولي بالادلة الاربعة .	٣٧٦	ظهور الثمرة في الخيارات .
٣١٨	الاستدلال بالكتاب .	٣٧٧	تنبيهات المسألة .
٣٢٠	الاستدلال بالسنة .	٣٧٨	اعتبار اللفظ في الاجازة .
٣٢١	الاستدلال بالاجماع والعتل .	٣٨٠	اعتبار عدم سبق الرد في الاجازة .
٣٢٧	بيع الفضولي المسبوق ببيع المالك .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٣٨٣ -	الكلام في أمرين .	٤١٦ -	من يبيع عن المالك فينكشف كونه ولياً .
٣٨٥ -	اجازة البيع ليست إجازة للقبض .	٤١٧ -	من يبيع مال الغير انفسه فينكشف كونه مأذوناً .
٣٨٧ -	عدم جريان نزاع الكشف والنقل في إجازة القبض .	٤١٨ -	من باع مال أبيه فانكشف موته .
٣٨٨ -	الاجازة ليست فورية .	٤٢٣ -	شرائط العقد المحجاز .
٣٨٨ -	اعتبار مطابقة الاجازة للعقد .	٤٢٦ -	هل يعتبر العلم بالمحجاز .
٣٩٣ -	اشتراط نفوذ تصرف المحيز حين الاجازة .	٤٢٧ -	الكلام في تتبع العقود .
٣٩٣ -	اشتراط وجود المحيز حين العقد .	٤٣١ -	هل يضمن البائع الغاصب للمشتري العالم بالغصب ؟
٣٩٥ -	اشتراط كون المحيز جائز التصرف حين العقد .	٤٣٢ -	الرد وأحكامه .
٤٩٩ -	حكم من باع ثم ملك .	٤٣٣ -	في تصرف المالك في ماله تصرفاً مخرجاً عن الملكية. وهل مثل ذلك قاذح في الاجازة ؟
٤٠١ -	استدلال المحقق التستري على البطلان بوجوه .	٤٣٧ -	التصرف غير المنافي لا يكون رداً .
٤٠١ -	الوجه الأول .	٤٣٨ -	ضمان البيع فضولة .
٤٠٢ -	الوجه الثاني .	٤٤٠ -	المسألة الاولى في حكم المشتري مع الفضولي .
٤٠٣ -	استدراك .	٤٤٦ -	مستثنيات المسألة السابقة .
٤٠٥ -	الوجه الثالث .	٤٤٧ -	المسئلة الثانية في حكم المشتري مع المالك .
٤٠٧ -	الوجه الرابع .	٤٤٩ -	قاعدة التسبيب .
٤٠٩ -	الوجه الخامس .		
٤١٠ -	الوجه السادس .		
٤١٠ -	الوجه السابع .		

صفحة	الموضوع	صفحة	الموضوع
٤٥١ -	قاعدة التفرير .	٤٧٩ -	كيفية تقسيط الثمن في المثلثي .
٤٥٣ -	الروايات المستدل بها في المقام .	٤٨٠ -	بيع النصف لمن له النصف مشاعاً .
٤٥٨ -	تعاقب الايادي .	٤٨٤ -	الفرق بين بيع النصف والاقرار بالنصف في الشركة .
٤٥٩ -	كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد	٤٨٦ -	اقرار أحد الشريكين في الارث بالنسب لشخص .
٤٦٢ -	احد الوجهين في رجوع الضامن السابق الى اللاحق .	٤٨٨ -	بيع من له النصف المقرز - غير المشاع - .
٢٦٥ -	الوجه الثاني لرجوع الضامن السابق الى اللاحق .	٤٨٩ -	بيع ما يقبل التملك مع ما لا يقبله .
٤٧١ -	فروع .	٤٩١ -	كيفية تقسيط الثمن في هذه المسئلة .
٤٧٢ -	بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه	٤٩٣ -	كلمة الختام .
٤٧٦ -	هل يثبت الخيار للمشتري والبائع اذا رد المالك او يثبت للمشتري فقط؟	٤٩٤ -	فهرست الكتاب .
٤٧٧ -	كيفية تقسيط الثمن .		

